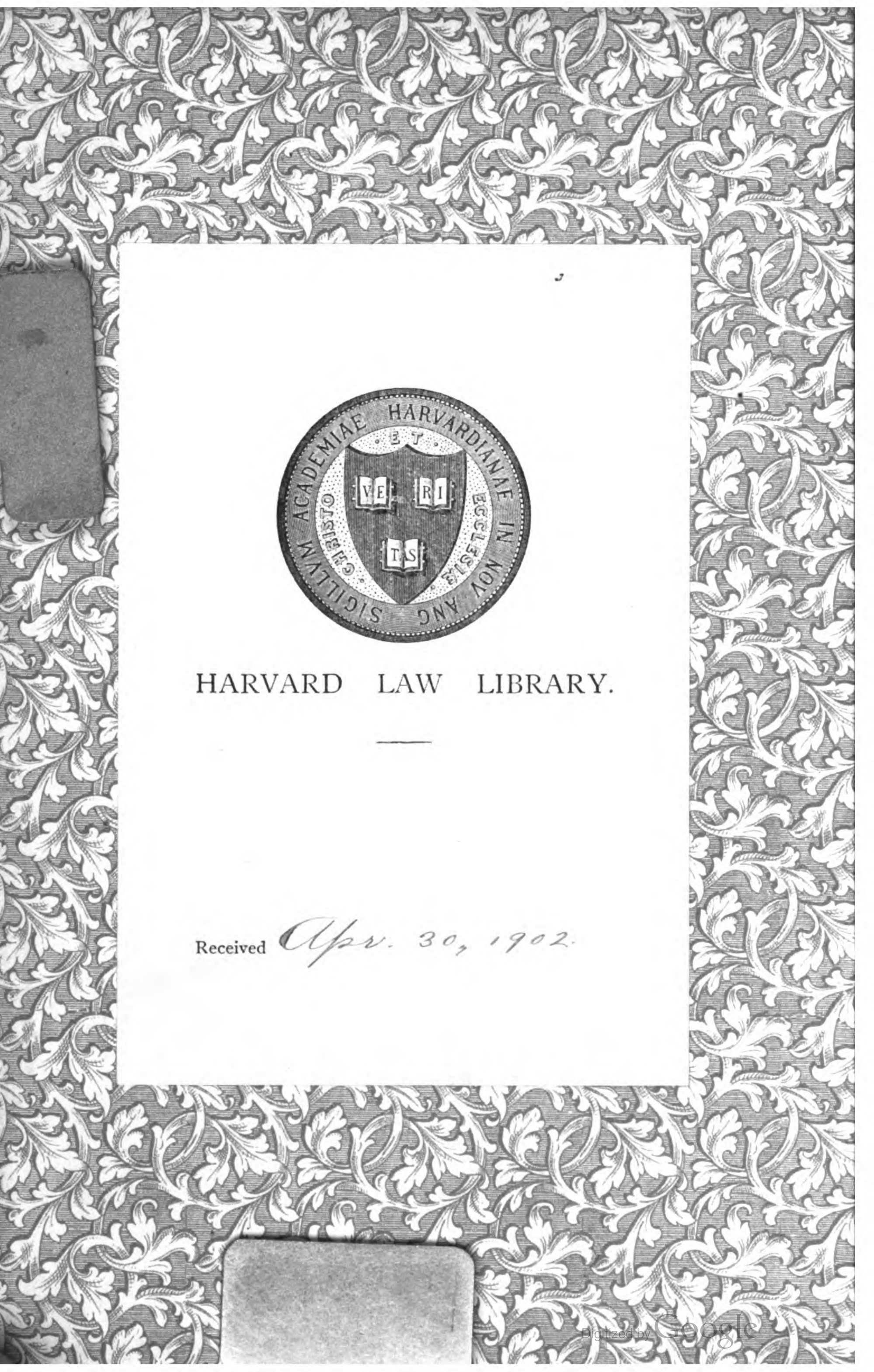
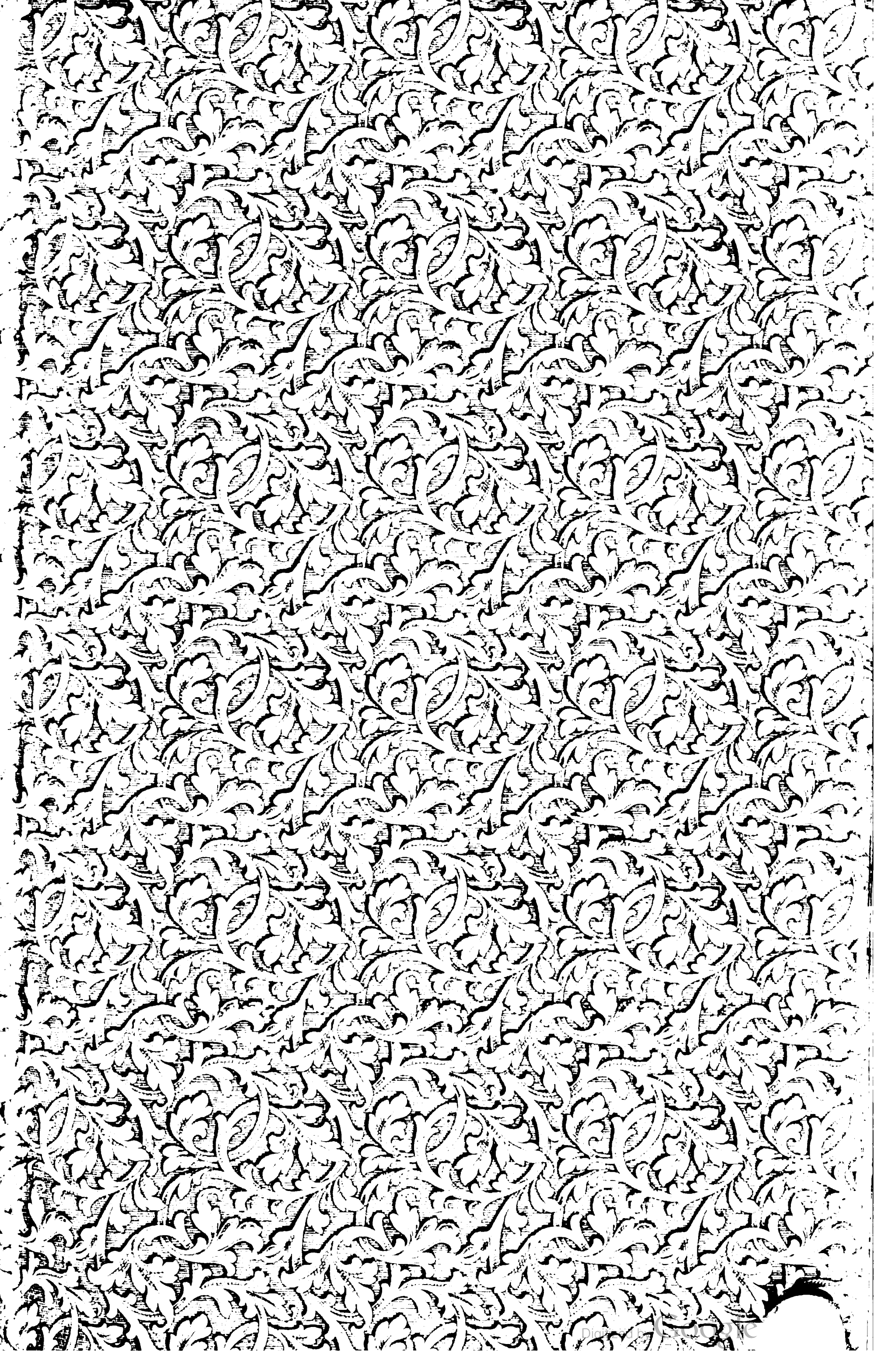



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



ÖSTERREICHISCHES

CENTRALBLATT

FÜR DIE

JURISTISCHE PRAXIS.

Unter Mitwirkung namhafter Fachgelehrter und Praktiker

herausgegeben von

DR. LEO GELLER.

VII. Band 1889.



WIEN 1890.
VERLAG VON MORITZ PERLES
I. BAUERNMARKT 11.

Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Inhalt des siebenten Bandes.

A. Aufsätze.

B. Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.

C. Literarische Anzeigen.

Seite

D. Rechtsprechung.

E. Verordnungen.

F. Fragen und Antworten.

G. Miscellen.

Das Recht der wirtschaftlichen Concurrenz.

Versuch einer Physiologie der immateriellen Güter.

Von Dr. Leo Geller.

I. Einleitung.

Uebertragung einer bestehenden Erwerbsunternehmung. Frage nach dem Gegenstand der Uebertragung. Ungenügende Bezeichnung desselben als Kundschaft. Ungenügende Analysen der Kundschaft. Verfehltheit der Analyse v. Böhm-Bawerk's. Nothwendigkeit einer Klarstellung des Wesens der immateriellen Güter.

Es gibt im Verkehrsleben mannigfache Güter, die zweifellos Gegenstand von Rechtsverhältnissen, und Geschäfte, die zweifellos, Ursache von Rechtswirkungen sind, ohne dass sie die Rechtslehre in eine der gangbaren Kategorien der Rechtsobjecte und beziehentlich der Rechtsgeschäfte einzuordnen vermöchte.

Abgesehen vorläufig von den Gütern, die man als Urheber-Patent-, Marken-, Muster- und Firmenrechte zu bezeichnen pflegt, und über deren Wesen die Rechtsgelehrten wie die Volkswirte noch heute im Streite sind, sei hier fürs erste nur hingewiesen auf die bestehenden Erwerbsunternehmungen (Gewerbe, Handelsgeschäfte), welche, weil und soferne sie ständige Erwerbsquellen sind, in der Auffassung des Verkehrs als gegenständliche Güter gelten und als solche nicht nur vererbt und vermacht, sondern auch verkauft und verpachtet, ja selbst gepfändet und sequestrirt werden.

Mancher Jurist wird vielleicht diese Auffassung als eine laienhafte von sich weisen. Dieselbe ist indessen auch die des Gesetzes. Das Gesetz theilt sie einmal indem es vom gewerbepolizeilichen Standpunkte die Bedingungen vorschreibt, unter welchen der Betrieb von Gewerben durch Stellvertreter oder Pächter oder deren Fortbetrieb durch Erben, Legatare oder Käufer zu gestatten ist (Gewerbeordnung von 1859 §§ 58 und 59 und Novelle von 1883 §§ 55 und 56), sodann indem es in privatrechtlicher Hinsicht das Verhältnis desjenigen, der „ein bestehendes Handelsgeschäft durch Vertrag oder Erbgang erwirbt", zu der Firma, unter welcher dasselbe betrieben wurde, bestimmt (Hgb. Art. 22), und endlich indem

es die Sequestration eines Gewerbebetriebs als eine zulässige Art der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen anerkennt (Executionsnovelle vom 10. Juni 1887 § 2 Z. 7).

Welches ist nun das Wesen dieser Art von Gütern? In das Gewerberecht, d. i. das Recht zum Gewerbebetriebe, kann dasselbe nicht wol verlegt werden. Das Gewerberecht im heutigen Sinne hat keinen vermögensrechtlichen Inhalt wie etwa die Bannrechte des Mittelalters, die als ausschliessliche Gewerbeberechtigungen in unsere ältere Gewerbeverfassung übergegangen sind und von welchen noch das Propinationsrecht und manche Arten der sogenannten Realgewerbe als Ueberbleibsel in unsere Zeit hereinragen; es besteht lediglich in der Gestattung oder Duldung des Gewerbebetriebs seitens der mit der Gewerbepolizei betrauten Behörde und hat somit einen rein polizeilichen Charakter. Dieses polizeiliche Gewerberecht aber ist kein Gegenstand der Uebertragung. Dasselbe müssen der Erbe und Legatar wie der Käufer des Gewerbes neu für sich erwerben.

Es handelt sich auch nicht um das Gewerbe-Etablissement und ebensowenig um den „Inbegriff jener Rechtsverhältnisse, welche mit dem Betrieb des Gewerbes in Beziehung stehen“, oder um die Activ- und Passivforderungen aus den geschlossenen Geschäften, das Eigenthum an den vorhandenen Waaren, an den über frühere Geschäfte aufgenommenen Urkunden, den Handelsbüchern und den dazu gehörigen Belegen und die Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Betriebslocalitäten.[1]

[1] Mit dem Begriffe des „Handelsgeschäfts“ als eines stehenden Unternehmens, das an sich Gegenstand des Erwerbs durch Vertrag oder Erbgang sei, hat der Art. 22 Hgb. den Juristen, die nur mit Sachen, Rechten und Handlungen zu operiren gewöhnt sind, eine harte Nuss zu knacken aufgegeben, und die Bemühung, den Inhalt dieses Begriffs klarzulegen. hat denn auch die sonderbarsten Ansichten an den Tag gefördert. Sogar die Frage ist ernstlich erörtert worden, ob nicht das Handelsgeschäft eine juristische Person sei. Die heute herrschende Anschauung unterscheidet zwischen dem Geschäft (der Handlung) und dem Etablissement (der Niederlassung) und bezeichnet ersteres als die äusserlich erkennbare Erscheinungsform der gewerbemässigen kaufmännischen Thätigkeit, oder als den „Complex nicht blos der für den Handel bestimmten todten Productivmittel, sondern zugleich der in wirtschaftlicher Bewegung befindlichen Capitale und Arbeitskräfte“, — letzteres als die Verbindung derjenigen äusserlich sichtbaren Hilfsmittel, welche zur Ausübung des Kaufmannsgeschäfts dienen oder als den „Complex aller zu einem bestimmten commerciellen oder industriellen Zwecke vereinigten Productionsmittel“. Vgl. Endemann Handelsrecht § 15, Behrend Lehrb. d. HR. I §§ 37, 38, Gareis Lehrb. d. HR. (3. Aufl.) § 13, Völderndorff in Endemann's Handb. I §§ 41, 43. Hienach würden sich Geschäft und Etablissement so ziemlich decken; das eine wie das andere wäre ein Complex von zu einem bestimmten Zwecke vereinigten Productivmitteln, und der Unterschied läge nur in unserer Vorstellung, insoferne derselbe Complex, je nachdem wir uns solchen in „wirtschaftlicher Bewegung“ oder ruhend vorstellen, das Geschäft oder das Etablissement darstellen würde. Es unterscheiden sich diese Definitionen nicht wesentlich von jener, welche Hahn Comment. (2. Aufl.) I S. 105 von dem „Handelsgeschäfte“ des Art. 22 Hgb. gibt. Nach Hahn ist „unter Handelsgeschäft der Inbegriff aller Rechtsverhältnisse zu verstehen, welche mit dem Betrieb des Handelsgewerbes in Beziehung stehen, die Activ- und Passivforderungen aus Handelsgeschäften, das Eigentum an den vorhandenen Waaren

Allerdings pflegen mit einem Gewerbe auch der ganze Complex von für den Betrieb desselben dienenden Vorrichtungen, Hilfsmitteln und Gebrauchsgegenständen, der Waarenvorrath, die Activen und Passiven mitübertragen zu werden. Aber eben nur mit übertragen. Der eigentliche Gegenstand der Uebertragung ist etwas von diesen körperlichen Gütern verschiedenes. Die Nachfolge in ein Gewerbe kann aber auch ohne eine Nachfolge in die dazu gehörigen Sachgüter stattfinden. Es kann ein Handelsgeschäft übertragen werden, nachdem die Vorrichtungen, Hilfsmittel und Gebrauchsgegenstände desselben sowie der Waarenvorrath ausverkauft, die Activen realisirt und die Passiven beglichen worden sind, oder es kann der Verkäufer den Rest des Waarenvorraths wie die Activen und Passiven für sich zurückbehalten. Ebenso kann ein Erblasser dem einen seiner Kinder das Gewerbe an sich, einem anderen das, was zum Etablissement gehört, vermachen. Und endlich gibt es ja auch Gewerbe und Handelsgeschäfte ohne dazu gewidmete Sachgüter und ohne jedes Etablissement. Börsen- und Markt-Commissionäre z. B. können Geschäfte von sehr bedeutendem Umfange und Werte haben, ohne irgend ein Etablissement zu besitzen.

Im gemeinem Leben pflegt man das Wesen des Guts, um welches es sich bei der Uebertragung eines Gewerbes handelt, in der Kundschaft zu erblicken und diese geradezu als den Gegenstand der Uebertragung zu bezeichnen. Auch in der volkswirtschaftlichen Literatur wird die Kundschaft als eine Art jener

---

als Objecten beabsichtigter Handelsgeschäfte, und an den über frühere Handelsgeschäfte aufgenommenen Urkunden, den Handelsbüchern mit den dazu gehörenden Belegen". Es soll dazu ferner gerechnet werden können „Eigenthum und dingliches Recht an den Handlungs-, namentlich Fabriklocalitäten oder die obligatorischen Rechte in Bezug auf dieselben." Alle diese Definitionen verwechseln offenbar das, was mit zum Handelsgeschäfte gehören kann, mit dem Handelsgeschäfte selbst, ganz so wie wenn man z. B. eine Professur erklären wollte als den Complex oder den Inbegriff aller jener Bücher, Apparate, Instrumente und sonstigen Hilfsmittel, deren sich der Professor bei der Ausübung seines Berufs bedient. Der Art. 22 Hgb., indem er von dem Erwerb eines Handelsgeschäfts „durch Vertrag oder Erbgang" spricht, setzt offenbar bei der einen wie bei der anderen Uebergangsart einen einheitlichen Erwerbsact und somit auch eine Einheit als Gegenstand des Erwerbs voraus. Der „Complex der Productivmittel" oder der „Inbegriff der Rechtsverhältnisse" in Beziehung auf den Geschäftsbetrieb, worunter die verschiedenartigste Fahrhabe, Liegenschaften, dingliche und obligatorische Rechte, Activ- und Passivforderungen gehören können, ist aber keine Einheit im rechtlichen oder wirtschaftlichen Sinne und kann auch nicht Gegenstand eines einheitlichen Erwerbsacts sein. Die genannten Schriftsteller verneinen denn auch die Möglichkeit einer Universalsuccession in das Geschäft oder Etablissement unter Lebenden, obgleich sie das Geschäft wie das Etablissement als eine universitas bonorum (rerum distantium) auffassen. Wenn aber die einzelnen Bestandtheile des „Complexes der Productivmittel" oder des „Inbegriffs der Rechtsverhältnisse" besonders erworben werden müssen, wie kann man da von dem Erwerb eines Handelsgeschäfts reden? und welche Bedeutung hat dann überhaupt die Zusammenfassung jener verschiedenen Bestandtheile zu einem doch nur scheinbaren, nicht wirklichen Ganzen? Es muss also das Handelsgeschäft, von dessen Erwerb das Gesetz handelt, etwas von dem sachlichen Zubehör desselben verschiedenes sein. Was es ist und wie wir uns die Nachfolge in dasselbe zu denken haben, wird sich aus den späteren Darlegungen ergeben.

„immateriellen Güter“ aufgeführt, welche durch „Rechte und Lebensverhältnisse“ gebildet werden[2] und selbst in juristischen Schriften findet man unter den unkörperlichen Sachen, welche der moderne Sachbegriff umfasst, neben dem Rechte an der Firma, der Marke, dem Urheberrechte, auch die „Kundschaft“ verzeichnet.[3] Selbstverständlich will damit nicht gesagt sein, dass etwa die Gesammtheit der Kunden eines Gewerbe- oder Handeltreibenden ein Gut desselben bilde. Ein Gut ist nur dasjenige, was man in seiner Macht oder worüber man die Verfügung hat. Die Kunden aber sind kein Gegenstand der Macht oder der Verfügung desjenigen, der sie bedient. Der Ausdruck „Kundschaft“ will offenbar nur eine Bezeichnung sein für das Verhältniss, welches sich zwischen einem bestehenden Geschäfte und dessen Kunden ausbildet. Dieses Verhältniss definirt Hermann[4] als die „Gewöhnung der Abnehmer durch gute Bedienung an ein gewisses Verkaufshaus“. In der französischen Rechtssprache nennt man es „achalandage“ und darunter versteht Waelbroek (Cours de droit industriel. No. 292): „un ensemble de relations suivies, qui sont établies entre un industriel et les consommateurs.“ Fasst man indess jene „Gewöhnung der Abnehmer“ oder diese Beziehungen zwischen dem Geschäftsmanne und seinen Kunden näher ins Auge, so zerfliesst das Ding in eitel Nebel und es bleibt davon nichts anderes zurück, als auf der einen Seite die geschichtliche Thatsache, dass eine gewisse Anzahl von Leuten bisher ihren Bedarf bei diesem Geschäftsmanne oder in dessen Geschäft gedeckt haben, und auf der anderen die psychologische Erwartung, dass sie auch ferner fortfahren werden, dies zu thun. Weder jene der Vergangenheit angehörige Thatsache, noch diese in die Zukunft hinausblickende Erwartung kann als ein Gut, als etwas, was der Geschäftsmann in seiner Hand hat und worüber er verfügen kann, angesehen werden.

Eine eingehendere Analyse der Kundschaft ist von einem neueren Schriftsteller versucht worden. In seiner mit vielem Geist und bewunderswertem Scharfsinn geschriebenen kritischen Studie über „Rechte und Verhältnisse“,[5] welche die Kategorie der „immateriellen Güter“ aus der Welt schaffen und die in Volkswirtschaft und Rechtswissenschaft bisher als solche behandelten Rechte und Verhältnisse in Sachgüter und persönliche Nutzleistungen auflösen will, zergliedert v. Böhm-Bawerk auch die Kundschaft und findet in derselben nichts als persönliche und sachliche Güterelemente. Vor allem „die (künftigen) Kaufacte der Kunden“, welche, insofern sie dem Verkäufer die gewinnbringende Erlangung

[2] Vgl. z. B. Hermann Staatswirtschaftliche Untersuchungen (Ausgabe von 1874) S. 121, Neumann in Schönberg's Handb. der Polit. Oekonomie I S. 129 a. E. und alle Lehrbücher der Nationalökonomie.

[3] S. insbesondere Endemann in dessen Handb. II S. 4.

[4] a. a. O. S. 121.

[5] v. Böhm-Bawerk Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre. Innsbruck 1881.

von Preisgütern vermitteln, für ihn den Charakter nützlicher Leistungen besitzen (S. 132), sodann als diese künftigen Nutzleistungen schon gegenwärtig sichernde Elemente „die zum Einkauf an der bestimmten Quelle disponirten Personen, ferner jene Personen, welche eine solche Disposition bei anderen Personen verbreiten und bestärken, wie z. B. befriedigte und lobende Kunden, desgleichen solche Sachgüter, deren Bestand den Kundenzuspruch begünstigt und befördert, z. B. berühmte architektonische Werke oder Gemäldegallerien, welche den Fremdenzufluss nach einer Stadt lenken, Eisenbahnen, die den Verkehr dahin erleichtern, und allerlei andere secundäre Momente mehr" (S. 134 fg.). Danach würde der Verkauf einer Kaffeeschänke in Wien nichts anderes und nichts weniger zum Gegenstande haben, als die Personen der befriedigten Gäste und jener, welche durch diese werden angeworben werden, ferner sämmtliche Monumentalbauten, Standbilder, Gemäldegallerien, Bibliotheken und sonstige Sehenswürdigkeiten dieser Stadt, weiter auch die Nordbahn und alle übrigen hier einmündenden Eisenbahnen und daneben endlich die durch diese Personen und Sachgüter gesicherten künftigen Dienstleistungen der Kunden. Das wären allerdings sehr respectable Güter und, wie Böhm-Bawerk (S. 140) befriedigt ausruft, „alles reell, alles Sachgüter oder Leistungen, nirgends ein mystisches Verhältnisgut"; nur — müsste man sie haben. Es nützt Einem bekanntlich das schönste Gut nichts, wenn ein Anderer es hat, und v. Böhm-Bawerk selbst lehrt an einer anderen Stelle (S. 17) sehr vernünftig, dass „Haus und Hof eines Anderen für uns keine Güter" sind.

Der Fehler der v. Böhm-Bawerk'schen Analyse liegt aber nicht blos darin, dass sie in die Kundschaft Sachgüter, Personen und Leistungen hineinwirft, über welche der Geschäftsinhaber keine Verfügung hat, sondern vornehmlich auch darin, dass sie die künftigen Kaufacte der Kunden als persönliche Dienstleistungen an den Geschäftsinhaber und als Gegenstand der Uebertragung seitens desselben an seinen Nachfolger behandelt. Der Kaufact, d. i. die Bestellung und die Uebernahme der Waare und der Erlag des Kaufgelds, wie die sonstigen Geschäftsacte der Kunden bei anderen Geschäften als Käufen, sind niemals Dienste, welche der Kunde dem Geschäftsinhaber leistet, weder in dem Falle, wenn der Kunde das Geld dem Geschäftsmann ins Comptoir bringt, noch wenn er die Waare sich ins Haus schicken und das Geld dafür bei sich holen lässt. In dem einen wie in dem anderen Falle bedient der Geschäftsmann den Kunden, nicht der Kunde den Geschäftsmann. Sodann werden ja die vermeintlichen Dienste der Kunden, welche in der übertragenen Kundschaft enthalten sein sollen, nicht dem gegenwärtigen Geschäftsinhaber, sondern schon seinem Nachfolger, u. zw. als Aequivalent für dessen eigene Leistungen geleistet. Dieselben können daher unmöglich Gegenstand der Uebertragung seitens des Ersteren auf den Letzteren sein.

Die Frage nach dem substantiellen Inhalte der Kundschaft oder des damit bezeichneten Guts ist sonach noch immer eine

offene. Sie ist auch nicht erledigt durch die Zusammenfassung der Kundschaft und der verwandten Erscheinungen des Urheber-, Patent-, Marken-, Muster- und Firmenrechts unter den Begriff der immateriellen Güter. Dieser Begriff enthält nichts als eine Verneinung der materiellen Substanz der fraglichen Güter, und die Einordnung der letzteren in die so bezeichnete Kategorie sagt daher nur, dass diese Güter keine materiellen Güter seien, sagt aber nicht, was sie seien.

Soviel kann nun als über jeden Zweifel festgestellt gelten, dass es ausser den Sachgütern und den denselben gewöhnlich beigeordneten oder entgegengesetzten Rechten und Dienstleistungen noch eine andere, davon völlig verschiedene Kategorie von Gütern gibt, deren Wesen noch so gut wie gar nicht erkannt ist. Zur Erforschung des letzteren etwas beizutragen, ist die Aufgabe dieser Studie, eine Aufgabe, die der Jurist nicht auf den Volkswirt überwälzen darf, in die er sich vielmehr mit diesem theilen muss. Dieser hat die wirtschaftliche Natur der fraglichen Güter, die Function und den Wert derselben im Wirtschaftsleben, der Jurist ihren rechtlichen Charakter und deren Behandlung im Rechtsverkehr festzustellen. Aber freilich setzt die Lösung der Aufgabe eine Klarstellung des Güterbegriffs überhaupt voraus, und ist daher bei dieser Untersuchung ein Eingehen in die allgemeine Güterlehre nicht zu vermeiden. Wir werden uns jedoch mit dieser nur soweit beschäftigen, als es die Begründung unserer von der herrschenden Lehre abweichenden Ansichten erfordert; in eine Auseinandersetzung mit den weit auseinandergehenden Anschauungen der Volkswirte können wir uns hier nicht einlassen.

II. Die materiellen Güter und der wirtschaftliche Verkehr.

Begriff des Guts. Sachliche und persönliche Güter. Güter erster Ordnung. Die Arten der wirtschaftlichen Arbeit. Güter zweiter Ordnung. Der Güter- und Arbeitsverkehr. Wirkungen desselben. Wesen der „Rechte“: Antheile an den Sach- und persönlichen Gütern Anderer. Wesen der Dienstleistungen: Nutzwirkungen der persönlichen Güter.

Ein Gut im wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne ist Alles, was dem Menschen unmittelbar oder mittelbar einen Genuss oder die Befriedigung eines Bedürfnisses gewährt und Gegenstand des ausschliesslichen Habens eines Subjects, sei es eines oder mehrerer Einzelnen oder eines gesellschaftlichen Verbands, ist. Güter in diesem Sinne sind vor Allem alle nutzfähigen Dinge der Aussenwelt, soweit sie in der menschlichen Gesellschaft vergriffen, das heisst Gegenstand des ausschliesslichen Besitzes der Einzelnen oder der gesellschaftlichen Verbände sind,[6] — sodann die Menschen selbst,

[6] Die von Hermann a. a. O. S. 104 ff. eingeführte und seither in der volkswirtschaftlichen Literatur festgehaltene Scheidung der Güter in freie, welche uns „die Natur in solcher Art und Fülle darreicht, dass besondere Bemühung für ihre Herstellung und Beischaffung nicht nöthig ist“, und wirtschaftliche, die „nicht ohne vorgängige Bemühung zu erlangen sind“, scheint uns keineswegs so

soweit sie durch ihr ursprüngliches Können oder Wissen, durch ihre Muskel- oder Nervenkraft, durch ihre körperlichen Organe oder ihr seelisches Vermögen sich selbst oder Anderen nützen.[7] Jene nennen wir sachliche, diese persönliche, beide aber, da sie

ganz verfehlt zu sein, wie Gustav Cohn System der Nationalökonomie I S. 204 meint. Unstreitig sind Licht, Luft, Sonnenwärme, Wasser uns nicht sowohl nützlich, als vielmehr unentbehrlich. Was dem Menschen aber nützlich ist, ist ein Gut. Das Vorhandensein desselben in unerschöpflicher Fülle erspart uns blos die Arbeit, es uns anzueignen und zu verwahren, ändert aber nichts an dem Wesen desselben. Nur der Charakter des Guts ist ein anderer, je nachdem es in unbegrenzter oder begrenzter Menge vorhanden ist; im ersteren Falle ist es ein Gegenstand des Gemeingebrauchs, im letzteren ein Gegenstand individueller Aneignung. Von wirtschaftlicher Bedeutung freilich sind nur die Güter, welche Gegenstand der Aneignung sind. Es ist indessen nicht zu übersehen, dass auch von oder aus freien, in unerschöpflicher Fülle vorhandenen Gütern einzelne Stücke oder Mengen ab- oder ausgesondert und zum Gegenstand individueller Aneignung, somit zu wirtschaftlichen Gütern gemacht werden können. Das aus dem Flusse geschöpfte oder vom Regen aufgefangene Wasser, das von der Eisdecke des Flusses gebrochene Eis, der aus dem Strome herausgeförderte Schotter, das aus dem Meerwasser gewonnene Salz sind ebenso wirtschaftliche Güter wie der vom Flusse abgeleitete Mühlbach, wie die Wasserkraft, welche ein in dem Fluss angelegtes Triebwerk in Bewegung setzt, wie die aus dem Flusse oder dem Meere gefangenen Fische oder Thiere, wie die aus dem Meere geförderten Korallen u. s. w. Der wirtschaftliche Charakter eines Guts ist also nicht durch dessen Seltenheit oder spärliches Vorkommen, sondern nur durch dessen Aneignung seitens des Einzelnen oder durch dessen Vergriffensein bedingt. Wäre es möglich, Licht und Sonnenwärme aus der uns umgebenden Atmosphäre abzusondern und zu accumuliren, so würden auch die dadurch in die ausschliessliche Macht der Einzelnen gelangten Mengen davon zu wirtschaftlichen Gütern werden.

[7] Dass die wirtschaftliche Güterwelt mit den nutzfähigen Dingen der unpersönlichen Natur nicht erschöpft ist, sondern auch Güter der persönlichen Welt umfasst, ist in der volkswirtschaftlichen Literatur so ziemlich allgemein anerkannt. Völlige Unklarheit aber herrscht über das was in die Kategorie der persönlichen Güter gehört. Gewöhnlich werden als persönliche Güter aufgefasst die Talente, Fähigkeiten, Kräfte und Eigenschaften der Einzelnen, wodurch sie sich selbst oder Anderen nützlich sein können, oder aber ihre nützlichen Arbeiten oder Leistungen selbst. Vgl. z. B. Hermann S. 103, Roscher Grdl. § 3, 50, Wagner Grdl. § 15 ff., Neumann a. a. O. S. 123 fg., Cohn § 142, Böhm-Bawerk S. 30 ff. Diese Auffassung ist eine ebenso schiefe, wie wenn man die den äusseren Dingen innewohnenden Kräfte oder Eigenschaften oder die von denselben ausgehenden Thätigkeiten, wodurch die Dinge uns nützlich sind, als Sachgüter auffassen wollte. So wenig die Zug- oder Tragkraft des Pferdes, die Munterkeit des Hundes, die Schönheit des Pfaues, der Gesang der Lerche, die Arbeit der Bienen Sachgüter sind, ebensowenig sind die Kräfte oder Eigenschaften oder die Arbeit der Menschen persönliche Güter. Vielmehr haben wir es dort wie hier nur mit einzelnen Attributen oder Thätigkeiten der Güter zu thun. Persönliche Güter sind also die Menschen selbst, ebenso wie die Dinge selbst Sachgüter. Und insofern jeder Mensch Gegenstand seiner ausschliesslichen Macht ist, kann ihm auch der wirtschaftliche Guts-Charakter nicht abgesprochen werden. Zur Zeit da noch die Sclaverei bestand und wo sie noch besteht waren und sind die Menschen auch Gegenstand des ausschliesslichen Besitzes Anderer. Das Letztere duldet die Rechtsordnung der civilisirten Welt nicht. Das hat aber nur zur Folge, dass ein Mensch den anderen nicht völlig sich aneignen, sondern ihn nur mit dessen Willen gebrauchen kann. Es ist jedem Menschen die Persönlichkeit gewährleistet, er kann nicht zur Sache gemacht werden, er kann sich nur verdingen, vermieten, nicht veräussern. An dem Guts-Charakter des Menschen ändert das nichts. Vgl. übrigens unten Note 9.

gleichermassen Hervorbringungen der Natur sind, natürliche Güter oder Güter erster Ordnung.

Diese Güter aber können, so wie die Natur sie hervorbringt, nur zum geringen Theile, oder können nur geringe Bedürfnisse, nur die roheren Bedürfnisse der Naturmenschen befriedigen. In dem Maasse, als sich der Mensch vom Naturzustande entfernt und in der Civilisation fortschreitet und seine Bedürfnisse sich steigern und vervielfältigen, bereichert und veredelt er auch seine Güterwelt, sowohl die eigene persönliche oder die innere, indem er sein Können und Wissen vermehrt, entwickelt und nach verschiedenen Richtungen ausbildet, — als auch die ihm gegenüberstehende sachliche oder die äussere, indem er, seine Herrschaft in der Naturwelt immer mehr ausdehnend, durch seine Kraft derselben immer neue Güter abgewinnt, sowie die von der Natur dargebotenen Güter veredelt und ihre Nutzwirkung steigert (Urproduction), dann aus den Stoffen dieser Güter neue Güter formt (gewerbliche Production), endlich auch aus sich selbst heraus, aus dem Schachte des eigenen Wissens und Könnens mit Hilfe stofflicher Mittel Güter erzeugt (literarische und Kunstproduction). Diese Einwirkung des Menschen auf die Güterwelt nennen wir Arbeit. In der gegenwärtigen Culturepoche sind bereits fast alle vorhandenen Güter Producte der menschlichen Arbeit und gegebener Naturstoffe. Bei den einen überwiegt der Stoff-, bei den anderen der Arbeitsfactor, bei vielen halten sich beide das Gleichgewicht. Jene Güter, deren Wesen in dem von der Natur gegebenen Stoff beruht, und welche durch die Arbeit nur an den Tag gefördert oder mit besonderen Eigenschaften ausgestattet werden, also vor Allem die persönlichen Güter, dann die Grundstücke und die aus der Urproduction hervorgehenden Sachgüter, zählen wir noch zu den Gütern erster Ordnung. Die Güter dagegen, welche ihrem Wesen nach ein Erzeugnis der Arbeit sind, welche das menschliche Können aus sich heraus schafft, und bei welchen der Stoff nur ein Mittel der Vergegenständlichung bildet, also vor Allem die aus der literarischen und der Kunstproduction hervorgehenden Güter, nennen wir Güter zweiter Ordnung. Zwischen diesen Gütern und jenen der ersten Ordnung nehmen die Güter, bei welchen der Stoff und die Arbeit gleichwertige Factoren bilden, also die Güter der gewerblichen Production, deren Wesen ebensowohl in dem Stoff als in der Arbeit beruht, die Stellung einer Uebergangsart ein: sie gehören sowohl der ersten wie der zweiten Ordnung an.

Die vorhandenen Güter, u. zw. sowohl die von der Natur dargebotenen als die durch menschliche Arbeit hervorgebrachten und sowohl die äusseren oder sachlichen als auch die inneren oder persönlichen Güter, sind theils infolge gegebener unabänderlicher Naturursachen, theils infolge gemachter menschlicher Einrichtungen unter den Einzelnen sehr ungleichartig und ungleichmässig vertheilt. Eine Ausgleichung aber ist nicht möglich; einmal schon, weil die Güter der Natur auf dem Erdball ungleichartig und ungleichmässig zerstreut und selbst die gleichartigen in ihrer Nutzwirkung quali-

tativ, quantitativ und graduell verschieden sind; sodann weil die Menschen selbst körperlich und geistig verschieden beschaffen, in ihren Kräften und Fähigkeiten ungleichartig und ungleichmässig entwickelt sind.

Die naturnothwendige Folge dieser Thatsachen ist, dass die Menschen, gleichwie sie vom Uranfange an einen animalischen Verkehr (connubium) miteinander pflegen, ebenso auch einen wirtschaftlichen Verkehr (commercium) untereinander unterhalten, dass nämlich Jeder den Ueberschuss an Sachgütern oder dem Nutzertrage von Gütern der einen Art, die er hat und der Andere begehrt, gegen die ihm fehlenden oder von ihm begehrten Güter oder den Nutzen von Gütern einer anderen Art, wovon der Andere einen Ueberschuss über den eigenen Bedarf hat, auszutauschen sucht, und dass Jene, deren Bedarf an Sachgütern, welche Andere haben, grösser ist als der Ueberschuss an solchen, welche sie selbst haben, die fehlenden Sachgüter oder den Genuss derselben von den Anderen, welche damit in Ueberfluss betheilt sind, sich dadurch verschaffen müssen, dass sie diesen dafür ihre persönlichen Güter oder deren Genuss überlassen, d. h. ihnen den Genuss ihrer Körper- oder Geisteskräfte gewähren oder ihnen Arbeit leisten.

So entsteht unter den Menschen schon frühzeitig ein doppelter wirtschaftlicher Verkehr: ein (Sach-)Güterverkehr und ein Arbeitsverkehr. Der letztere ist, solange und wo die Menschen eine gewisse Culturstufe noch nicht erreicht haben, noch ein unfreier; der Austausch der sachlichen und persönlichen Güter vollzieht sich nicht nach dem freien Willen der Einzelnen, sondern durch Zwang und Gewalt seitens der Stärkeren oder Besitzenden gegen die Schwächeren oder Besitzlosen in den Formen der Sclaverei, der Leibeigenschaft und der Hörigkeit. Mit dem Fortschritte der Gesittung unter den Menschen hört jedoch die Unfreiheit einzelner Classen derselben auf und dann wird auch der Arbeitsverkehr ein freier.

Entweder accumuliren die Menschen ihre Arbeit in Sachgütern, indem sie der Natur Güter abgewinnen oder Naturstoffe zu Gütern verarbeiten oder aus sich selbst heraus Güter erzeugen und solche stofflich vergegenständlichen (Production), und tauschen sohin mit diesen Gütern auch ihre darin steckende Arbeit gegen jene Güter aus, die sie brauchen, — oder sie verwenden ihre Arbeit zur Vermittlung des Güteraustausches zwischen denjenigen, welche Güter erzeugen (Producenten) und jenen, welche solche brauchen (Consumenten), oder zur Fortschaffung der Güter von ihrer Erzeugungsstätte an den Ort des Gebrauchs und zur Zuführung derselben an die Consumenten (Handel), und lassen sich von den Letzteren mit den Gütern auch die auf deren Herbeischaffung verwendete Arbeit in anderen Gütern entgelten, — oder endlich sie überlassen den Anderen zeitweilig unmittelbar den Genuss ihrer persönlichen Güter, sei es, indem sie ihnen durch ihre Arbeit gelegentlich Genüsse verschaffen oder einzelne ihrer Bedürfnisse befriedigen, oder

indem sie ihnen einen Theil ihres Könnens oder Wissens oder eine gewisse Fähigkeit zur Verfügung stellen, oder indem sie sich ganz in ihren Dienst begeben und ihnen den Genuss ihres gesammten Könnens gewähren (persönliche Dienstleistungen), und erhalten dafür von denselben andere Güter.

Durch diesen vielgestaltigen Güter- und Arbeitsverkehr der Einzelnen untereinander, welcher ursprünglich sich in dem unmittelbaren Austausch des einen Guts beziehentlich der Arbeit oder der Dienstleistung gegen ein anderes Gut in natura vollzieht (Naturalwirtschaft), später aber, sobald eines der vorhandenen Güter vermöge seiner allgemeinen Begehrtheit den Charakter und die Function eines allgemeinen Tauschmittels und damit auch eines Wertmessers für die übrigen Güter annimmt, d. i. mit dem Eintritte des Geldes in das Wirtschaftsleben, sich in Umsätze von Gütern bezw. von Arbeit in Geld und von Geld in Güter bezw. Arbeit spaltet (Geldwirtschaft), endlich auf dieser Stufe sich zu Umsätzen von gegenwärtig vorhandenen Gütern bezw. gegenwärtiger Arbeit gegen künftig zu beschaffendes Geld und umgekehrt entwickelt (Creditwirtschaft) — durch diesen Verkehr wird nicht nur eine stetige Bewegung der im Besitze der Einzelnen befindlichen Güter, ein sich immer wiederholender Uebergang der Güter aus der Machtsphäre des Einen in die des Anderen oder ein stetig sich erneuernder Wechsel der Subjecte in der Macht über die Güter hervorgerufen, sondern auch die Masse des Machtinhalts oder die Summe von Verfügungsmöglichkeit des Einzelnen über seine Güter in Fluss gebracht, bald in ihrem Umfange vermindert, indem ein Element oder ein Theil davon in die Machtsphäre eines Anderen übergeleitet wird, bald wieder durch Rückkehr des ausgeschiedenen Theils ergänzt oder durch Aufname eines Elements oder eines Theils der Macht eines Anderen in ihrem Umfange vermehrt.

Es entstehen so zwischen den Einzelnen in Bezug auf ihr sachliches Haben und persönliches Können mannigfache Beziehungen und Verhältnisse, welche die Sprache als Rechte und Verbindlichkeiten, als Forderungen und Schulden, oder als Rechts- und Schuldverhältnisse bezeichnet und je nach ihrem Inhalte in verschiedene Classen und Arten eintheilt, deren Wesen aber darin besteht, dass den Einen Macht- oder Genussantheile an den Sach- und persönlichen Gütern der Anderen eingeräumt sind, oder dass die Macht oder Verfügungsmöglichkeit des Einzelnen über seine Güter, der Inhalt seines Habens oder Könnens zerlegt und zwischen mehreren Subjecten getheilt ist.

Im Verkehrsleben und selbst in der Wissenschaft werden die aus dem Haben oder dem Eigenthum des Einzelnen ausgeschiedenen „Rechte", weil sie ihren Subjecten einen Genuss gewähren oder die Erlangung eines solchen ermöglichen, ja sogar die „persönlichen Dienstleistungen" an sich, d. i. jene Verrichtungen der Person, welche einem Anderen zur Befriedigung eines Bedürfnisses dienen und ihr selbst dafür ein äquivalentes Gut verschaffen, häufig als

besondere Güterkategorien aufgefasst. Diese Auffassung ist eine verfehlte. Die Rechte sind ebensowenig als die persönlichen Dienstleistungen an sich selbstständige Güter. Jene sind nur Antheile an solchen oder an dem Haben von Gütern, diese, sofern sie nicht in äusseren Stoffen accumulirte und somit vergegenständlichte Arbeit sind, nur Nutzwirkungen persönlicher Güter oder Erscheinungen, in welchen die Nutzwirkung der letzteren zutage tritt.[8] [9]

III. Die immateriellen Güter oder die Erwerbsgelegenheiten.

A. Die ausschliessenden Erwerbsgelegenheiten.

Die Concurrenz im Verkehr als ein Factor natürlicher Preisbildung. Vorteile für den Producenten aus dem Ausschluss der Concurrenz. Aehnlichkeit der Alleinherrschaft des Producenten auf dem Markt mit dem Eigentum an Grund und Boden. Die durch den Ausschluss der Concurrenz geschaffenen Güter: Monopolien, Bannrechte, Urheberrechte.

Der Verkehr bewirkt nicht nur eine Bewegung und Vertheilung der Güter; indem er die Production und den Bedarf zusammenbringt, jener den Absatz, diesem die Deckung sichert, bietet er auch mannigfache Gelegenheiten zur Gewinnung von Gütern, die sonst nicht zu gewinnen wären. Indem aber diese Erwerbsgelegen-

[8] Alle Rechte lassen sich in folgende Kategorien eintheilen: I. Eigenthum: a) ungetheiltes, b) getheiltes; II. Rechte an fremder Sache: a) Nutzungsrechte (Dienstbarkeiten), b) Pfandrecht; III. Forderungen: a) auf Sachleistungen, b) auf Arbeitsleistungen. Dass das Eigenthum an sich nur ein Ausdruck für das Haben eines Guts, nicht selbst ein Gut ist, ist ebenso einleuchtend, wie dass die Nutzungsrechte an fremder Sache nur Antheile an dem Nutzgenusse derselben und das Pfandrecht nur ein Antheil an dem Machtinhalt über dieselbe, beide also nur Elemente aus dem fremden Haben sind. Forderungen auf Sachleistungen haben zum Gegenstande entweder eine individuell bestimmte Sache, wie die Forderung des Verpfänders oder Vermiethers auf Rückstellung oder jene des Käufers auf Herausgabe der zeitweilig beim Anderen zurückgelassenen Sache; dann fallen sie unter den Begriff des Eigenthums. Oder sie gehen auf Leistung einer blos generell bestimmten Sache; dann sind sie Antheile nicht an einem concreten Sachgute, sondern an dem flüssigen Gesammthaben oder dem Vermögen des Schuldners. Die Forderungen auf Arbeitsleistungen endlich sind gerichtet entweder auf einzelne Arbeitsverrichtungen (opera) oder auf dauernde Dienste (operae). In beiden Fällen sind sie Antheile an dem Können des Schuldners oder an dessen persönlichem Gut, im ersteren Falle ähnlich den Forderungen auf blos generell bestimmte Sachleistungen, im letzteren Falle, sofern die Staatsgewalt ihre Hilfe zur unmittelbaren Erzwingung der Dienstleistung gewährt, wie das noch dem Dienstgesinde und den Gewerbegehilfen gegenüber geschieht, ähnlich den dinglichen Rechten an fremder Sache. Ein selbständiges Gut kann sonach keines der überhaupt denkbaren Rechte sein.

[9] Die in der herrschenden Doctrin festgehaltene Auffassung der persönlichen Dienstleistungen als Güter (vgl. Note 7) ist ein Product der Wahrnehmung, dass die Menschen sich selbst und Anderen mannigfachen Nutzen gewähren, und der Scheu, den Menschen oder die Person selbst für ein Gut zu erklären. Da man sich jener Wahrnehmung nicht verschliessen und diese Scheu nicht überwinden konnte, so übertrug man den Gutscharakter von der Person auf die Leistungen, in welchen ihre Nutzwirkung zur Erscheinung gelangt. Die Dienstleistungen der Personen bedeuten aber wirtschaftlich nichts anderes, als was die Nutzwirkungen der Sachgüter. Den Sachgütern sind nicht die Dienstleistungen, sondern die Personen als persönliche Güter, den Dienstleistungen dagegen sind

heiten individueller Aneignung und Nutzung fähig und auch Gegenstand derselben sind, stellen sie an und für sich wirtschaftliche Güter dar, Güter, die wir als solche dritter Ordnung bezeichnen wollen.

Der Verkehr wird unterhalten durch das Angebot der Production auf der einen und die Nachfrage des Bedarfs auf der anderen Seite. Durch Angebot und Nachfrage, indem beide einander innerhalb eines enger oder weiter begrenzten Territoriums aufsuchen, bildet sich für den Gegenstand derselben ein territorial enger oder weiter begrenzter Markt (Orts-, Gau-, Land-, Weltmarkt), auf welchem den Producenten und Anbietenden die Abnehmer und Begehrenden gegenüberstehen.

Das Angebot der zu Markt gebrachten Erzeugnisse d. i. der Waare seitens der Production schliesst aber zugleich eine Nachfrage nach dem Tauschäquivalent für dieselbe d. i. nach Geld, und hinwieder die Nachfrage nach der Waare seitens der Consumtion zugleich ein Angebot von Geld als Tauschäquivalent für jene in sich. Auf dem Markte stehen sich also gegenüber einerseits nebst dem zum Absatze bestimmten Waarenvorrate ein Bedarf für Geld, andererseits nebst dem Bedarf für die Waare das zur Ausgabe für dieselbe bestimmte Geld. Das Aequivalent-Verhältniss des Gelds zur Waare d. i. der Preis der letzteren hängt nun zunächst ab von dem zusammengesetzten Verhältnisse des Umfangs des Waarenbedarfs der Consumtion zur vorhandenen Waarenmenge, und des Umfangs des Geldbedarfs der Production zur verfügbaren Geldmenge. Der sich hienach bildende Preis entspricht dem natürlichen Werte der Waare und kann als natürlicher Preis bezeichnet werden.

Für die Preisbildung ist indessen in der Wirklichkeit nicht allein das statische Verhältniss zwischen Bedarf und Vorrat, sondern auch das tactische Verhältniss zwischen Angebot und Nachfrage maassgebend. Bei gleich starken Bedürfnissen auf beiden Seiten wird sich, wenn der eine Theil auf dem Markte drängender, der andere zurückhaltender ist, der Preis für jenen ungünstiger, für diesen günstiger gestalten. Deshalb wird auch diejenige Seite, auf welcher das Handeln (das Angebot oder die Nachfrage) durch einen einheitlichen Willen, sei es eines Einzelsubjects oder einer organisirten Mehrheit von Subjecten, geleitet wird, im Vortheile sein gegenüber jener, auf welcher die sich oft durchkreuzenden Willen mehrerer Subjecte thätig sind, und hinwieder die Seite, auf welcher das Handeln von einer beschränkten Anzahl von Subjecten

die Nutzwirkungen der Sachgüter gegenüber zu stellen. Jene Auffassung führt nothwendig dazu, auch unsittliche Dienstleistungen, wie z. B. jene des Spions, des Kupplers, der Prostituirten, des bezahlten Verleumders u. dgl. zu Bestandtheilen des Volksvermögens zu erheben. Fasst man dagegen die Person selbst als Gut auf, so erscheint zunächst die Person, insofern ihr von staatswegen eine ausschliessliche Macht über sich gewährleistet ist, als Eigenthümer des mit ihrem Sein gegebenen Guts, und die Empfangnahme oder das Sichgewährenlassen von Dienstleistungen seitens eines Anderen nur als eine Benützung, sei es eine vorübergehende oder dauernde, sei es eine natürliche und zulässige oder eine missbräuchliche und verwerfliche Benützung des fremden persönlichen Guts.

ausgeht, im Vortheile gegenüber jener, auf welcher eine ungeschlossene Reihe von Subjecten handelt.

Naturgemäss d. h. dem natürlichen Werte entsprechend gestaltet sich der Preis nur wenn die Concurrenz auf Seite des Angebots wie der Nachfrage eine gleich beschränkte oder eine gleich freie ist. Die schliessliche Preisforderung des Angebots wie das schliessliche Preisgebot der Nachfrage ist die Resultante je zweier auf beiden Seiten correspondirender, auf einander unter einem Winkel wirkender Motive, u. zw.

auf Seite des Angebots:

des Bestrebens, von dem nachfragenden Kunden den höchstmöglichen Preis zu erlangen, das zu einer Steigerung der Forderung bestimmt, und der Besorgniss vor einem Unterbot der Mitbewerber, welche eine Mässigung der Forderung auferlegt;

auf Seite der Nachfrage:

des Wunsches, die Waare um einen möglichst geringen Preis zu erlangen, das zu einer Herabsetzung des Anbots bestimmt, und der Besorgniss vor einem Ueberbot der Mitbewerber, welche zu einer Erhöhung desselben drängt. Ist nun die Concurrenz auf beiden Seiten gleich beschränkt oder gleich frei, so ist auch die Wirkung des zweiten Motivs auf der einen wie auf der anderen Seite in entgegengesetzter Richtung die gleiche, und dann erscheint der Preis nur als Ausdruck des Verhältnisses des Bedarfsumfangs zum vorhandenen Vorrat auf dem Markte. Ist dagegen die Concurrenz auf Seite der Nachfrage eine freie, auf Seite des Angebots eine beschränkte, so ist die Wirkung des zweiten Motivs auf jener Seite eine grössere als auf dieser, und der Preis geht daher über den natürlichen Wert hinaus. Steht endlich einer ungeschlossenen Reihe von Begehrenden nur Ein Anbieter auf dem Markt gegenüber, so ist die Wirkung des zweiten Motivs auf jener Seite unendlich gross, auf dieser unendlich klein oder gleich Null; der Preis wird also durch den Anbieter dictirt.

Der Mangel einer Concurrenz oder die dadurch begründete Alleinherrschaft auf dem Markt bietet also dem Producenten die Möglichkeit, für seine Waare einen höheren als den natürlichen Preis zu erlangen und somit Güter auf Kosten der Consumenten zu erwerben, die er nicht erwerben könnte, wenn das Angebot der freien Concurrenz überlassen wäre.

Die Abwesenheit einer Concurrenz oder die Alleinherrschaft eines Producenten auf dem Markt kann aber ihren Grund haben in der natürlichen Seltenheit des betreffenden Productivmittels und der Unmöglichkeit weiterer Schaffung oder Erschliessung von solchen, also in einem sog. factischen Monopol. Dann ist die dem Producenten gegebene Möglichkeit, den Preis zu dictiren, eben nur ein Attribut des seltenen Productivmittels, der Preis also in der That nur der Ausdruck des Verhältnisses des Bedarfs zum gegebenen Vorrat, mithin ein durchaus natürlicher.

Anders, wenn die Alleinherrschaft eines Einzelnen auf dem Markt künstlich begründet ist durch Ausschliessung aller Anderen von demselben kraft staatlicher Anordnung. Von Natur ist der Markt Allen zugänglich, und soll Jeder, welcher produciren und arbeiten kann, seine Erzeugnisse und seine Arbeit auf den Markt bringen und anbieten können. Wird aber nur ein Einzelner auf den Markt zugelassen und dieser für die nachdrängenden Mitbewerber gesperrt, so werden diese auf die Seite der Nachfrage gedrängt und die letztere also nicht nur in ihrem Umfange erweitert, sondern auch vollständig der Herrschaft jenes einzigen Anbieters preisgegeben. Der Letztere kann, da er ein Unterbot nicht zu besorgen hat, den Preis für seine Waare völlig nach Belieben bestimmen, jedenfalls einen höheren als den natürlichen Preis fordern, und die Consumenten sind infolge der auf ihrer Seite herrschenden Concurrenz gezwungen, ihm den geforderten Preis und jedenfalls mehr, als was dem Verhältnisse des Bedarfs zum gegebenen Vorrate entsprechen würde, zu zahlen. Dieses Mehr ist also ein Opfer, welches den Consumenten zu Gunsten des einen Producenten lediglich durch die Ausschliessung der Concurrenz auferlegt wird.

Die durch die Ausschliessung der Concurrenz geschaffene Stellung des begünstigten Einzelnen auf dem Markt der Gesammtheit gegenüber ist sonach durchaus ähnlich der Stellung, welche der Einzelne, dem die Alleinherrschaft über ein Stück vom Grund und Boden durch Ausschliessung aller Anderen eingeräumt ist, der Gesammtheit gegenüber einnimmt. Hier wie dort stützt sich die Herrschaft des Einzelnen auf Staatshilfe und hier wie dort wird durch staatliches Eingreifen, durch Beschränkung der Freiheit Aller von staatswegen, ein freies Gut zu einem vergriffenen, eine res communis omnium zu einem Privatgut gemacht. Indem eine gewisse Production oder eine gewisse Arbeit für den Markt kraft staatlicher Anordnung nur einem Einzelnen unter Ausschluss aller Anderen gestattet, somit diese Production oder Arbeit oder der Markt für dieselbe der Gesammtheit unzugänglich gemacht, also dem Gemeingebrauche entzogen und jenem Einzelnen zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen wird (rechtliches Monopol im Gegensatz zum factischen), nimmt diese Production oder Arbeit oder der Markt für dieselbe den gleichen wirtschaftlichen Charakter und die gleiche Rechtsstellung im Verkehrsleben an, wie der von Natur der freien Benützung Aller oder dem Gemeingebrauche zugängliche Grund und Boden, indem er dem Gemeingebrauche entzogen und der Privatherrschaft Einzelner überlassen wird.

Und auch der Inhalt des Monopols in Ansehung einer Production oder Arbeit oder des Markts für dieselbe ist durchaus gleich dem Inhalte des Monopols in Bezug auf ein Stück vom Grund und Boden. Hier wie dort besteht derselbe in der Möglichkeit, aus dem Gegenstande des Monopols Nutzen zu ziehen und Andere davon auszuschliessen. Diese Möglichkeit bezeichnet die Sprache als Eigentum und dasjenige, worauf sich dieselbe bezieht, als wirtschaftliches

oder privates Gut. Weil wir aber diese Bezeichnungen nur in Beziehung auf Grundstücke und materielle Sachen anzuwenden gewöhnt sind, geht uns der rechtliche Begriff des Eigentums in den der Alleinherrschaft über körperliche Sachen, und der wirtschaftliche Begriff des Guts in jenen der vergriffenen körperlichen Sache auf. Genau betrachtet indessen ist das Grundstück, das ja der physischen Aneignung und Ansichnahme seitens der Person widersteht, für uns ein Gut nur insofern es uns einen Nutzen gewährt oder eine Nutzziehung gestattet, und das Eigentum an demselben nichts anderes als die staatlich gewährleistete Möglichkeit, Andere von dieser Nutzziehung auszuschliessen. Es steht daher nichts entgegen, auch die den Gegenstand ausschliesslicher Beherrschung bildende Production oder Arbeit, bezw. den Markt für dieselbe, woraus wir Nutzen ziehen, als ein wirtschaftliches oder privates Gut, und die staatlich gewährleistete Möglichkeit der Ausschliessung Anderer von der Nutzziehung daraus als Eigentum an demselben zu bezeichnen.

Solcher durch die Ausschliessung der Concurrenz von staatswegen begründeten Güter gibt es verschiedene Arten, die sich aber alle um drei Grundtypen gruppiren. Wir theilen sie demnach in drei Gattungen ein:

1. Die **Monopole**[10] im engeren Sinne, welche dadurch entstehen, dass der Staat eine gewisse Production, z. B. die Gewinnung gewisser Mineralien, die Erzeugung des Salzes, des Pulvers, oder eine gewisse Arbeit, z. B. die Beförderung von Briefen und Geld (Post) oder von Gütern und Reisenden (Eisenbahnen), oder einen gewissen Handelszweig, z. B. das Zettelbankgeschäft, den Tabakverschleiss, oder eine Spielspeculation, z. B. die Lotterie, sich vorbehält, dieselben also fiscalisirt oder zu Regalien macht, d. h. sich aneignet und die Einzelnen davon ausschliesst. Sie bestehen also in der Alleinherrschaft des Staats über die vorbehaltene Production oder Arbeit innerhalb des Staatsgebiets, mag nun der Staat das fiscalisirte Geschäft selbst betreiben oder solches einem Privaten, z. B. das Zettelgeschäft einer Zettelbank, den Güter- und Personentransport einer Eisenbahngesellschaft verleihen. Es ändert auch nichts an dem Monopol, dass durch dasselbe, wie z. B. durch das Postregal, nicht sowol ein Erwerb für den Staat gesichert, als vielmehr ein öffentliches Interesse gewahrt oder gefördert werden will. Das regalisirte oder verstaatlichte Geschäft hört nur dann auf, ein Monopolgewerbe zu sein, wenn der Staat überhaupt von einem Erwerbe aus demselben absieht und es, wie z. B. den Volksunterricht, die Justizpflege, lediglich im allgemeinen Interesse führt. Die vom Staate als Erwerbsquellen benützten Geschäfte aber erscheinen als selbständige Güter des Fiscus und bilden einen Teil des Staatsvermögens.

---

[10] Ueber Monopole (Fiscalvorrechte) s. vorzüglich Umpfenbach Finanzwissenschaft (1887) S. 357 ff.



2. Die **Bannrechte**[11], welche, aus dem gutsherrlichen Verhältnisse entsprungen oder durch staatliche Verleihung, durch Vergewaltigung, langjährige Uebung und Ersitzung begründet, in der Alleinherrschaft des Bannherrn (des Grundherrn oder der Stadtgemeinde) über eine gewisse Production, z. B. die Bierbrauerei, Branntweinbrennerei, eine gewisse Arbeit, z. B. die Weinkelterei, Mahlerei, Brodbäckerei, Schmiederei, oder einen gewissen Handel, z. B. den Bier-, Branntwein-, Brod-, Fleischverschleiss, innerhalb der Grenzen eines gewissen Orts (des Gutsgebiets, der Stadtgemeinde) bestehen. Von den Staatsmonopolen, mit welchen sie dem Inhalte nach sich decken, indem sie wie diese nur der Ausdruck für die Aneignung einer gewissen Production oder Arbeit unter Ausschliessung aller Anderen von derselben sind, unterscheiden sie sich einmal durch den Gegenstand, auf welchen sie sich beziehen, welcher nämlich ein von dem Gegenstande des Staatsmonopols verschiedener sein muss, sodann durch ihre räumliche Ausdehnung oder ihre territorialen Grenzen, indem sich die Alleinherrschaft des Bannherrn nur über einen localen Markt erstreckt. Durch die Gesetzgebung der Neuzeit sind die Bannrechte fast durchwegs beseitigt. Doch haben sich nicht nur manche Ueberbleibsel davon hie und da noch bis auf unsere Zeit erhalten, wie das Propinationsrecht in Galizien und der Bukowina und manche Realgewerbe in Mähren und Böhmen, sondern gerade die Gegenwart bringt neue Arten derselben hervor. Indem Stadtgemeinden Markthallen, Schlachthäuser oder ähnliche Anlagen errichten und kraft ihrer Polizeigewalt nicht nur die betreffenden Gewerbetreibenden zwingen, diese Anlagen gegen Entgelt zu benützen, sondern auch Private von der Errichtung solcher Anlagen ausschliessen, eignen sie sich den bezüglichen Productions- oder Arbeitszweig an und schaffen somit neue Bannrechte.

3. Die **Urheberrechte**.[12] Diese weisen in ihrem Inhalte schon den Einschlag eines neuen Elements auf, von welchem in dem Inhalte der Monopolien und der Bannrechte noch keine Spur vorkommt. Wie die beiden letzteren, so schliessen auch die Urheberrechte für ihren Inhaber eine Alleinherrschaft über die den Gegenstand derselben bildende Production oder Arbeit in sich. Aber während diese Alleinherrschaft bei jenen lediglich eine Folge der Ausschliessung oder der Niederhaltung der Concurrenz in der betreffenden Production oder Arbeit kraft staatlicher Anordnung ist, oder eigentlich nur als die Aversseite dieser Ausschliessung erscheint, bildet dieselbe bei den Urheberrechten schon das Product der

[11] Ueber Bannrechte s. Heimbach in Weiskes Rechtslexikon XV s. v. Zwangs- und Bannrechte, Anschütz im Archiv f. civ. Praxis LIV S. 407 ff., Dernburg Preuss. Priv.-R. II (3. Aufl.) S. 880 ff., Brunner in Holtzendorff's Rechtslexikon I s. v. Bannrechte, Siegel Deutsche Rechtsgeschichte (1886) § 146.

[12] Die ungemein reiche Literatur über diesen Gegenstand s. bei Stobbe Deutsches Priv.-R. (2. Aufl.) III S. 3 ff., wo auch die Dogmengeschichte des Urheberrechts ausführlich dargestellt ist, dazu Klostermann in Endemann's Handb. II S. 236 ff., Daude Lehrb. des Deutschen literarischen, künstlerischen und gewerblichen Urheberrechts (1888).

eigenen Arbeit der Inhaber (Urheber) und der staatlichen Ausschliessung der Concurrenz.

Die Production oder Arbeit, auf welche die Urheberrechte sich beziehen, ist nämlich stets eine Hervorbringung der Geistesthätigkeit des Urhebers. Sie ist vor der Begründung des Urheberrechts nicht wie jene, welche Gegenstand eines Monopols oder eines Bannrechts ist, dem Gemeingebrauch zugänglich oder eine res omnium communis, sondern ist noch gar nicht vorhanden und wird eben erst durch den Urheber geschaffen. Nicht blos das einzelne materielle Erzeugniss (z. B. das fertige Schriftwerk) oder die einzelne materielle Arbeitsleistung (z. B. das aufgeführte Schauspiel) ist das Werk des Urhebers, sondern der Letztere hat durch die Schaffung dieses bisher ganz unbekannten Werks die weitere Erzeugung solcher erst möglich gemacht, ist also der Urheber nicht blos des einzelnen Werks, sondern der ganzen dadurch erschlossenen Production oder Arbeit.

Aber indem er das einzelne Werk auf den Markt bringt, macht er die Production oder Arbeit, die wie jenes Werk seine eigene Schöpfung ist, und die er wie jenes Werk bisher ausschliesslich in seiner Macht gehabt hat, allgemein zugänglich; die Production tritt hiemit aus dem Bereiche seiner Herrschaft in die Oeffentlichkeit, auf den freien Markt hinaus, und es kann sich dann ihrer Jedermann bemächtigen.

Dies sucht nun die Staatsgewalt zu verhindern, indem sie durch Ausschliessung der Concurrenz in der vom Urheber geschaffenen Production dem Letzteren auch ferner die Alleinherrschaft über dieselbe wahrt. Auf welche Weise sie das thut, ob durch besondere Privilegien oder durch ein allgemeines Gesetz, ist für das Wesen der dem Urheber der Production über dieselbe gesicherten Alleinherrschaft ebenso gleichgiltig, wie unter welchen Voraussetzungen sie das thut und ob und welche Veranstaltungen sie trifft, um die betreffende Production als eine dem Gemeingebrauche entzogene kennbar zu machen. Möge das Urheberrecht durch ein Privilegium oder durch ein allgemeines Gesetz begründet sein, möge es ohneweiters oder nur unter gewissen Voraussetzungen zu erlangen sein und möge es sofort ipso jure oder erst durch den Eintrag in ein öffentliches Register entstehen, stets besteht es in der Alleinherrschaft seines Inhabers auf dem Markte über die Production oder Arbeit, auf welche es sich bezieht, und schliesst die Concurrenz in derselben aus.

Von der in den Monopolien und Bannrechten eingeschlossenen Alleinherrschaft unterscheidet sich die der Urheberrechte aber auch durch ihre zeitliche Begrenztheit und ihre räumliche Ausdehnung. Zeitlich erstreckt sie sich von vornherein nur über die Production innerhalb eines mehr oder weniger ausgedehnten Abschnitts der Zukunft, nicht der unbegrenzten Zukunft. Sie ist ein zeitlich begrenztes, mitunter auch ein resolutiv bedingtes Eigenthum an der neugeschaffenen Production, nicht ein unendliches und unbedingtes

Eigenthum. In letzter Auflösung ist der Gegenstand dieses Eigenthums ein Element des menschlichen Wissens und Könnens. Als solches kann es von dem Einzelnen ausschliessend nur behauptet werden, solange er es noch in seinem Inneren verschlossen hat, solange es noch seinem besonderen Wissen und Können angehört. In dem Augenblicke, da er es in einem äusseren Gegenstand verkörpert und damit der Aussenwelt mittheilt, wird es zu einem Bestandteil des allgemeinen menschlichen Wissens und Könnens und damit zu einem Gemeingut des ganzen Menschengeschlechts. Der Staat kann dann wol trotzdem dessen Nutzung seinem Urheber vorbehalten und die Gesammtheit davon ausschliessen. Aber für die Dauer kann er das nicht, schon darum nicht, weil das menschliche Wissen und Können nicht in einem starren Zustande beharrt, sondern sich stetig entwickelt und es daher nicht möglich ist, ein einzelnes Element davon wie etwa ein Stück des starren Erdballs dem Gemeingebrauch für immer zu entziehen.

Räumlich strebt die urheberrechtliche Herrschaft über das Gebiet des einzelnen Staats hinaus und sucht sich über den ganzen Weltmarkt auszubreiten. Sie will sich die neugeschaffene Production überhaupt, nicht blos innerhalb der Grenzen eines bestimmten Landes aneignen. Da sie aber nur durch die Ausschliessung der Concurrenz kraft einer staatlichen Anordnung erlangt werden kann, und da die einzelnen Staaten sie unter verschiedenen Voraussetzungen einräumen, so sind zwischenstaatliche Vereinbarungen notwendig, um dem dem einen Staate angehörigen Urheber einer Production das Eigentum an derselben auch in den anderen Staaten zu sichern.

Die Urheberrechte sondern sich in folgende Arten:

a) Das literarische Urheberrecht, auch literarisches oder geistiges Eigenthum genannt. Dasselbe besteht in der staatlich gewährleisteten Alleinherrschaft des Urhebers eines Schriftwerks über die Reproduction desselben und den Absatz der reproducirten Stücke. In der literarischen Production ist zu unterscheiden: 1. die rein literarische oder geistige Production des Schriftstellers, welche mit der Schaffung des Werks im Manuscript vollendet wird, und 2. die wirtschaftliche oder buchhändlerische Production, welche in der Vervielfältigung des Werks und in der Zumarktbringung der erzeugten Exemplare besteht. Die letztere Production ist durch die erstere bedingt und daher, solange der Autor das Manuscript nicht veröffentlicht und in Händen hat, schon thatsächlich in der ausschliesslichen Macht desselben. In dieser Macht erhält ihn nun das Gesetz auch nachdem er das Manuscript aus der Hand gegeben hat sowie auch nachdem das Werk bereits vervielfältigt und zu Markt gebracht worden ist und daher von Jedermann leicht reproducirt werden kann. Das Gesetz trennt eben das Eigentum an dem Manuscript und an den einzelnen Exemplaren des Werks und die damit gegebene Möglichkeit, sich den Inhalt des letzteren anzueignen, von

der durch die Herstellung des Werks geschaffenen Möglichkeit der wirtschaftlichen Reproduction desselben, und wahrt diese dem Autor oder seinem Rechtsnachfolger, indem es die Concurrenz Anderer hierin ausschliesst.

Gegenstand des literarischen Urheberrechts ist hiernach die Reproduction von Schriftwerken, deren literarischer Wert von der Möglichkeit, einen Genuss durch Mitteilung von Wissen, durch Anregung, Unterhaltung oder Erheiterung zu gewähren, und deren wirtschaftlicher Wert von der Möglichkeit ihrer Verbreitung abhängt, welche also nicht als Einzelwerke, so wie sie aus der geistigen Thätigkeit des Urhebers hervorgehen, sondern in Masse, nämlich im Wege mechanischer Reproduction vervielfältigt, auf den Markt gebracht werden. Dies unterscheidet in wirtschaftlicher Hinsicht die literarischen Werke von jenen der Kunst. Bei den letzteren fallen die geistige oder rein künstlerische und die wirtschaftliche Production zusammen; das Kunstwerk ist schon als Einzelwerk ein vollendetes wirtschaftliches Gut, trägt schon als Unicat seinen vollen wirtschaftlichen Wert in sich und wird auch als solches zu Markt gebracht. Das literarische Werk dagegen bedarf erst einer es vervielfältigenden mechanischen Reproduction, um auf den Markt zu kommen, und wird zu einem wirtschaftlichen Gut, zu einer marktfähigen Waare erst als Massenwerk.

Zu den Werken, deren Reproduction Gegenstand des literarischen Urheberrechts ist, sind daher zu rechnen nicht blos die literarischen Werke im engeren Sinn, „welche an sich einen Bestandtheil der Literatur eines Volks zu bilden geeignet sind" (Wächter), sondern auch geographische, topographische, naturwissenschaftliche, architektonische, technische und ähnliche Zeichnungen und Abbildungen, sowie musikalische Compositionen, welche mechanischer Vervielfältigung fähig sind und als Massenerzeugnisse auf den Markt gebracht werden können.

b) Das künstlerische Urheberrecht, auch artistisches Eigentum genannt, d. i. die Alleinherrschaft über die Reproduction von Kunstwerken. Unter Kunstwerken verstehen wir Schöpfungen des individuellen Könnens und Wissens, welche einen Genuss durch Darstellung des Schönen (Wahren und Guten) gewähren und, in einem äusseren Material substanzirt, eine beharrende selbständige Existenz behaupten, im Gegensatze zu Kunstleistungen, welche ebenfalls Schöpfungen des individuellen Könnens und Wissens, aber nicht materiell vergegenständlicht sind, sondern nur in vorübergehenden Bewegungsäusserungen zur Erscheinung gelangen, somit von der Individualität ihres Urhebers nicht zu trennen sind. Kunstleistungen sind einer Reproduction in dem hier vorausgesetzten Sinne nicht fähig; die Nachahmung einer Kunstleistung stellt sich vielmehr, da bei dieser die Individualität des Urhebers stets mit ein wesentlicher Factor derselben ist, als eine selbständige Kunstleistung dar. Aber auch bei Kunstwerken ist die Reproduction von

anderer Bedeutung als bei Werken der Literatur. Während die letzteren zwei getrennte Productionsphasen, die literarische Production und die wirtschaftliche Reproduction durchmachen müssen, um den Charakter einer marktfähigen Waare anzunehmen, gehen die Werke der bildenden Künste schon aus der künstlerischen Production als fertige wirtschaftliche Güter, als marktfähige Waare hervor. Nur die Werke der dramatischen und der Tondichtkunst, die beide sowol dem Gebiete der Literatur wie der Kunst angehören, lassen eine zweifache Reproduction zu: als literarische Werke eine mechanische Reproduction durch Vervielfältigung, als Kunstwerke eine künstlerische Reproduction durch die dramatische und die musikalische Darstellung oder Aufführung. Die Werke der bildenden Künste dagegen lassen eine Reproduction entweder gar nicht zu, wie die Werke der Baukunst, bei welchen das Material, die technische Arbeit, der Boden auf dem sie ruhen, oder der Raum, den sie einnehmen, mit wesentliche Factoren ihrer Gutseigenschaft bilden, — oder sie gestatten, wie die Werke der plastischen und der zeichnenden Kunst nur eine Nachbildung, welche neben dem Kunstwerke, das seinen Wert in sich bewahrt, noch Copien oder Nachahmungen desselben hervorbringt, die ihren Wert von der in dem Kunstwerke verkörperten ästhetischen Idee empfangen.

Das Urheberrecht nun, welches das Gesetz dem Künstler an seinen Werken gewährleistet, schliesst in sich bei dramatischen und musikalischen Werken, je nachdem sie blos für den literarischen oder blos für den künstlerischen Verkehr bestimmt sind, die Alleinherrschaft über die mechanische oder über die künstlerische Reproduction, d. i. über die Verbreitung durch Vervielfältigung des Dichtwerks oder über die Gewährung des Genusses der Dichtung durch deren öffentliche Aufführung,[13] bei Werken der zeichnenden und plastischen Kunst die Alleinherrschaft über die nachbildende Reproduction derselben.

Als ein Eingriff in das künstlerische Urheberrecht erscheint hiernach bei dramatischen und musikalischen Werken, welche für den künstlerischen Verkehr bestimmt sind, jede öffentliche Aufführung des Werks, wodurch dessen Genuss zu Markt gebracht wird, bei Werken der zeichnenden und plastischen Kunst jede für den Markt bestimmte Nachbildung, welche die in dem Werke

[13] In diesem Punkte unterscheidet sich das österreichische Gesetz von dem deutschen. Während das kais. Patent vom 19. Oct. 1846 § 8 ein ausschliessliches Recht der öffentlichen Aufführung eines dramatischen und musikalischen Werks nur anerkennt, solange das Werk noch nicht durch den Druck oder Stich veröffentlicht ist, gewährt das deutsche Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 § 50 dieses Recht dem Urheber von dramatischen und dramatisch-musikalischen Werken auch nach deren Veröffentlichung unbedingt, dem Urheber von musikalischen Werken nach deren Veröffentlichung nur, wenn er sich „auf dem Titelblatt oder an der Spitze des Werks das Recht der öffentlichen Aufführung vorbehalten hat“.



verkörperte künstlerische Idee in ihrem wesentlichen Bestande wiedergibt, gleichviel ob sie durch mechanische oder künstlerische Darstellungsmittel und ob durch Anwendung des gleichen oder eines anderen Kunstverfahrens hervorgebracht wird, sofern sie sich nicht etwa von dem Originalwerke in wesentlichen Stücken unterscheidet und somit als ein selbständiges Kunstwerk erscheint.[14]

Von Kunstwerken im eigentlichen Sinne unterscheiden sich photographische oder durch ein ähnliches Reproductionsverfahren hergestellte Werke, die ebenso ästhetischen als wissenschaftlichen und technischen Zwecken dienen können, schon in der Art, wie sie hervorgebracht werden, oder in ihrem Verhältnisse zu der Individualität ihres Urhebers. Während jene aus einer schöpferisch producirenden Thätigkeit hervorgehen und Schöpfungen des individuellen Könnens und Wissens ihres Urhebers sind, ist die Thätigkeit des Photographen wie des Lichtdruckers überhaupt eine blos reproducirende und sein Werk wesentlich ein Erzeugniss des allgemeinen technischen Könnens und Wissens. Gleichwol sind auch photographische Werke des urheberrechtlichen Schutzes bedürftig. Der Ertrag des ersten Unternehmers einer photographischen Aufnahme aus seiner Arbeit kann durch die Nachbildung seines Erzeugnisses erheblich geschmälert werden, und es ist daher eine Forderung der Billigkeit, dass auch den Erzeugnissen der Photographie ein ähnlicher Schutz wie den Schöpfungen der bildenden Künste gewährt werde. In der That ist er denselben auch in manchen Staaten besonders gewährt. Ob sie dort, wo das Gesetz nur ein Urheberrecht an Kunstwerken kennt, dieses Urheberrechts theilhaftig werden können, ist eine Frage der Auslegung des positiven Gesetzes, insbesondere des gesetzlichen Begriffs des Kunstwerks.[15]

---

[14] Auch in diesem Punkte gehen die Bestimmungen des österreichischen und des deutschen Gesetzes auseinander. Vgl. kais. Pat. vom 19. Oct. 1846 § 9 und deutsches Reichsgesetz vom 9. Jän. 1876 § 6.

[15] Während in Bayern schon das Gesetz vom 28. Juni 1865 (Art. 28) den Photographien als Werken der Kunst den urheberrechtlichen Schutz gewährte und in Deutschland das Gesetz vom 10. Jän. 1876 die Photographien als solche gegen unbefugte Nachbildung schützt, beschränkt sich das österreichische Gesetz auf den Schutz der literarischen und artistischen Werke, ohne der Photographie auch nur zu erwähnen. Gleichwohl meint der Cassationshof in der Entscheidung vom 11. Dec. 1885 (s. diese Zeitschr. Bd. V Nr. 174), dass auch die Nachbildung von Photographien unter die Strafbestimmung des § 467 StG. falle, indem er den Begriffsumfang des Kunstwerks so erweitert, dass er auch photographische Werke umfasst. Die Begründung jener Entscheidung ist indessen eine mehr als schwache; sie ist zum Theile geradezu unverständlich. Wir wenigstens können uns keinen Vers machen aus der Phrase, es sei „als Kunstwerk jedes Product anzusehen, von welchem wenigstens die Erscheinungsform subjectiv ermittelt (?) wird, und welche sich in jener Art darstellt, welche die literarische oder artistische genannt wird.“ Mit dieser geschraubten Wendung ist die Auffassung der Photographie als Kunstwerk ebensowenig begründet als mit der Behauptung, „dass somit (!) auch Erzeugnisse der Photographie angesichts der hiezu nothwendigen chemischen und physikalischen Kenntnisse, sowie der erforderlichen Geschicklichkeit und des Einflusses, welchen eben deshalb die Individualität des Erzeugers auf die Gestaltung der Aufnahme gewinnt, als Kunsterzeugnisse zu betrachten“ seien.

c) Das gewerbliche Urheberrecht, auch industrielles Eigenthum genannt. Dasselbe bezieht sich auf solche Schöpfungen des individuellen Könnens und Wissens, welche einen materiellen Nutzen (im Gegensatze zu dem geistigen der literarischen und artistischen Werke) gewähren oder einem materiellen Gebrauche zu dienen bestimmt sind. Wir unterscheiden mehrere Arten solcher Schöpfungen:

α) Formenschöpfungen, welche bestimmt sind, als Vorbilder bei Gestaltung von Erzeugnissen der gemeinen gewerblichen Production zu dienen (Muster und Modelle). Diese stehen den Schöpfungen der literarischen und künstlerischen Production am nächsten. Die in ihnen accumulirte Arbeit des Urhebers erschöpft sich in dem einen Werk, das er hervorbringt, und findet ihre wirtschaftliche Verwertung in weiteren Nachbildungen, welche nicht mehr jene schöpferische Arbeit, sondern eine blos reproductive voraussetzen.

β) Sachschöpfungen d. i. Erfindungen entweder α_1) neuer industrieller Erzeugnisse (neuer Waaren oder Fabrikate), die unmittelbar für die Consumtion bestimmt sind, oder β_1) neuer Erzeugungsmittel (neuer Maschinen, Werkzeuge oder sonstiger Arbeits- oder Betriebsmittel), die zunächst für die Production bestimmt sind.

γ) Arbeitsschöpfungen d. i. Erfindungen neuer Productionsmethoden (neuer technischer Processe, neuer chemischer Verfahrensarten u. s. w.).

Die unter β und γ bezeichneten Schöpfungen erfüllen den Begriff der Erfindungen und unterscheiden sich von den Formenschöpfungen (α) darin, dass die in dem Gegenstande der ersten Erfindung bethätigte Arbeit immer wieder erneuert werden muss, so oft die Erfindung wirtschaftlich verwertet werden will, oder mit anderen Worten, dass die Arbeit, welche die Herstellung des ersten neuen Erzeugnisses oder Erzeugungsmittels oder die Ausführung der ersten neuen Productionsweise gekostet hat, auch bei der späteren Herstellung solcher Erzeugnisse oder Erzeugungsmittel oder der späteren Ausführung solcher Productionsweisen aufgewendet werden muss, dass also die Erfindung ihre wirtschaftliche Verwertung nicht in einer blos reproductiven Arbeit, sondern in der Wiederholung derselben Arbeit, nicht in einer blossen Reproduction, sondern in der Recreation des ersten Werks findet. Von der Arbeit der Herstellung des Gegenstands der Erfindung aber ist zu unterscheiden die Arbeit, welche die Erfindung selbst erzeugt hat, oder die Idee der Erfindung an sich. Mag diese das Ergebnis einer glücklichen Intuition oder langwieriger und anstrengender Studien und Experimente sein, die auf die Erfindung verwendete Geistesarbeit, welche allein die materielle erst ermöglicht, ist von dem Urheber ein für allemal gethan, und das ihm zugestandene Urheberrecht erscheint mithin als ein Product seiner Arbeit und der staatlichen Ausschliessung der Concurrenz.

So erscheint denn auch das gewerbliche Urheberrecht, dessen Erlangung positivrechtlich an verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist, wie das literarische und künstlerische, als nichts anderes wie eine Alleinherrschaft über die Reproduction bez. Recreation des vom Urheber geschaffenen, aus seinem eigenen, besonderen Können und Wissen hervorgegangenen Werks oder über die mit diesem Werke geschaffene neue Productionsspecies, eine Alleinherrschaft, welche durch die Ausschliessung der Concurrenz in dieser Production von gesetzeswegen begründet und erhalten wird.

(Fortsetzung folgt.)

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.[1]

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

I.

Kauf bricht Miete (§§ 1120 u. 1121 bGb.).

A. Kündigungsrecht beider Teile.

1. Der zwischen dem früheren Eigentümer und dem Bestandnehmer geschlossene Bestandvertrag ist durch den Verkauf des Bestandguts als aufgelöst zu betrachten. Beim Mangel eines zwischen dem Käufer und dem Mieter zustande gekommenen neuen Vertrags müsste der Letztere nach gehöriger Aufkündigung dem Ersteren weichen; aus demselben Grunde hat er auch keine Pflicht, die Miete länger fortzusetzen, als er hiezu nach dem Gesetze verpflichtet ist, er kann dieselbe daher gehörig aufkündigen (19. Sept. 1876/6238). S. Nr. 19.

2. Der mit dem früheren Eigentümer der Bestandsache auf längere Dauer geschlossene, nicht verbücherte Bestandvertrag übergeht durch die Veräusserung der Sache an einen Dritten, von einem besonderen Uebereinkommen abgesehen, diesem gegenüber in einen zu den ortsüblichen Terminen kündbaren Vertrag und es muss das dem neuen Besitzer zustehende Recht der Kündigung in diesen Terminen auch dem Bestandnehmer zukommen, weil es sich eben um eine gesetzlich statuierte Art der Auflösung des Bestandvertrags, als eines zweiseitig verbindlichen Vertrags handelt (9. April 1874/17. Januar 1877/5324. 6354).

3. Der neue Erwerber des Bestandobjects hat sogleich, als er den Besitz desselben erlangt, von dem ihm wider den Bestandinhaber zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch zu machen, da andernfalls seine stillschweigende Anerkennung des von dem früheren Eigentümer geschlossenen Bestandvertrags vermutet wird (16. Juni 1876/6185).

4. Das Verhältnis zwischen dem Bestandnehmer und dem neuen Besitzer ist als ein neues, vom vorigen Bestandvertrage unabhängiges anzusehen und nach den zwischen denselben ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarungen zu beurteilen. Daraus, dass der Bestandnehmer auch unter dem neuen Besitzer in der Innehabung der Bestandsache fortfuhr, kann aber noch nicht gefolgert werden, dass dies eine Fortsetzung des vorhin bestandenen Mietvertrags sei. Es ist das nunmehr bestehende Bestandverhältnis vielmehr, insofern besondere Verabredungen mangeln, nach den gesetzlichen Bestimmungen

[1] 1. Unter dieser Rubrik werden von nun ab fortlaufende Uebersichten über die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs seit dessen Wirksamkeit bis auf die Gegenwart in einzelnen zwangslos ausgewählten Rechtsmaterien gebracht werden. — 2. Die auf das Datum am Ende einer Entscheidung nach einem Querstriche folgende Zahl bezeichnet die Nummer, unter welcher die Entscheidung in der von Glaser, Unger und v. Walther (Unger, v. Walther und Pfaff) herausgegebenen Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofs enthalten ist. — C. = Centralblatt f. d. jur. Praxis.



zu beurtheilen. Auch daraus allein, dass der Bestandinhaber dem neuen Besitzer die Bestimmungen des mit dem Vorbesitzer geschlossenen Bestandvertrags mittheilte, kann eine stillschweigende Anerkennung derselben nicht abgeleitet werden (17. August 1877/6587).

5. Die mit dem früheren Hauseigentümer getroffene Abrede des Mieters (zur Zinsbezahlung und Kündigung zu anderen als den ortsüblichen Terminen) wird durch den Verkauf des Hauses nicht aufgehoben, da durch diesen die Rechtsverhältnisse zwischen Mieter und Vermieter keine Aenderung erleiden, sondern nur Letzterer das Recht erlangt, den Mietvertrag aufzulösen. Bleibt aber dem Bestandnehmer gegenüber der bisherige Vertrag ungeachtet des Verkaufs aufrecht, so muss dies auch bezüglich der einzelnen Bestimmungen desselben der Fall sein, insbesondere schon aus der Erwägung, dass ein solches zwischen dem Mieter und dem neuen Besitzer bestehendes Mietverhältnis nur als auf der stillschweigenden Fortsetzung des mit dem früheren Besitzer eingegangenen (die obenerwähnten besonderen Stipulationen enthaltenden) Vertrags beruhend angesehen werden kann (24. März 1857, 16. Juni 1876/323. 6185).

6. Wird die zwischen Käufer und Verkäufer eines Bestandobjects über die Aufrechterhaltung des Mietvertrags getroffene Abrede an die Bedingung der pünktlichen Zahlung des Mietzinses an bestimmten Tagen geknüpft, so ist diese Bedingung auch dem Mieter gegenüber wirksam (26. Januar 1869/3263).

7. Hat sich der Käufer in dem über ein Bestandobject geschlossenen Kaufvertrage des Rechts zur Kündigung der Miete vor Ablauf der Vertragsdauer begeben und sich ausdrücklich zur Aufrechterhaltung des von dem Verkäufer mit dem Mieter geschlossenen Mietvertrags verpflichtet, so hindert der Umstand, dass dieses Uebereinkommen nur als ein zwischen Käufer und Verkäufer zustande gekommenes beurkundet ist, den Mieter nicht, es gegen den Käufer geltend zu machen, weil der Verkäufer, indem er dabei das Mietrecht des Mieters dem Käufer gegenüber wahrte, factisch auch für ihn pactierte, der Mieter sein Einverständnis damit durch die Fortsetzung der Miete deutlich offenbarte und der § 881 bGb. die Geltendmachung der von dem Berechtigten genehmigten Ueberweisung einer Verbindlichkeit des Verkäufers auf den Käufer nicht ausschliesst. Die von dem Verkäufer dem Mieter wider die vorzeitige Aufkündigung geleistete Vertretung hat hier mindestens die Bedeutung, dass der Einwand des Mangels des allseitigen Einverständnisses mit der Uebernahme der dem Verkäufer nach dem Mietvertrage obliegenden Pflichten durch den Käufer dadurch beseitigt ist, und es ist diese Vertretungsleistung des Verkäufers wol auch einer Abtretung seines aus dem Kaufvertrag entstandenen Rechts, von dem Käufer die Aufrechthaltung des Mietvertrags zu fordern, an den Mieter gleichzustellen (29. Sept. 1874/5430).

8. Der Käufer des Bestandguts ist als bücherlicher Eigentümer, wenn weder der Bestand-, noch der Afterbestandvertrag bücherlich einverleibt ist, zur Kündigung auch gegen den Afterbestandinhaber nach § 1120 bGb. berechtigt, weil diese Gesetzesstelle im Gegensatze zu den §§ 1095, 1097, 1102, 1106 u. s. w., wo immer der Ausdruck „Bestandnehmer" gebraucht wird, von der Kündigung gegen den „Bestandinhaber" spricht, als welcher der Afterpächter erscheint, und dies umsomehr, da der Eigentümer der Bestandsache nach § 1101 bGb. auch zu dem Afterbestandinhaber in einem gesetzlichen Obligationsverhältnisse steht (29. Oct. 1884/10237).

B. Kündigungsfrist.

9. Der neue Besitzer kann den Pächter nicht unmittelbar auf Räumung des Pachtguts klagen, weil gemäss § 1120 bGb. die Klage des neuen Besitzers gegen den Pächter erst nach vorgängiger gehöriger Kündigung mit Erfolg angestellt werden kann (8. Januar 1873/4830).

10. Der neue Erwerber einer Bestandsache ist berechtigt, den Pacht ohne Rücksicht auf den vertragsmässigen Termin innerhalb des gesetzlichen Termins zu kündigen (10. Dec. 1861/1429).

11. Unter „gehöriger Aufkündigung" von Seite des Käufers der Bestandsache kann nur die vom Gesetze bestimmte, nicht die mit dem früheren Bestandgeber verabredete Kündigung verstanden sein (11. Oct. 1881/8520).

C. Wirkung der Zwangsveräusserung.

12. Der § 1121 bGb. statuiert eine Ausnahme von der Regel des § 1095 bGb., „dass sich der nachfolgende Besitzer das durch die Eintragung des Bestandvertrags in die öffentlichen Bücher als ein dingliches zu betrachtende Recht des Bestandnehmers auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muss.“ Im Falle der executiven Veräusserung des Bestandguts wird daher das dem Bestandnehmer aus dem in den öffentlichen Büchern erscheinenden Vertrage zustehende Bestandrecht dem Käufer gegenüber unwirksam, und namentlich in Bezug auf die noch übrige Zeit (also in Bezug auf die Dauer des Bestandvertrags), diese mag auf einen bestimmten Zeitraum unaufkündbar oder auf unbestimmte Zeit, jedoch gegen eine Aufkündigung, zu welcher die Frist im Vertrage vorgeschrieben ist, festgesetzt sein (29. Dec. 1874/5581).

13. Auch die notwendige, gerichtliche Veräusserung der Bestandsache hat nicht die Auflösung des wenn auch verbücherten Bestandvertrags zur notwendigen Folge; nach § 1120 und 1121 bGb. muss der Bestandnehmer dem Käufer weichen, d. h. er kann auf der Fortsetzung des Bestandvertrags nicht bestehen, wenn der Käufer denselben nicht zuhalten will. Wenn daher der Letztere seinen Willen, das Vertragsverhältnis aufzuheben, nicht erklärt und nicht verlangt hat, dass der Bestandnehmer ihm weiche, so tritt in dem Bestandverhältnisse eine Aenderung nicht ein, weil das Gesetz nicht bestimmt, dass durch den Verkauf der Bestandvertrag erlischt (26. Jan. 1871/4038).

14. Selbst die notwendige gerichtliche Veräusserung der Bestandsache begründet an sich nicht schon die Auflösung des Bestandvertrags und der neue Erwerber kann zwar den Bestandnehmer von der Sache entfernen, ist aber nicht berechtigt, ihn sogleich zur Zurückstellung derselben anzuhalten, da ihm das Gesetz nur die Befugnis einräumt das Bestandverhältnis ohne Rücksichtnahme auf den zwischen ihm und dem Bestandgeber bestehenden Vertrag „gehörig“, d. i. mit der Beobachtung der gesetzlichen Frist aufzukündigen (20. März 1872, 29. Juli 1880, 11. Aug. 1885/4527. 8050. 10662.)

15. Die Erlöschung der einverleibten Bestandrechte an einem zwangsweise verkauften Gute ist nach Analogie des § 1120 bGb. von der Kündigung des neuen Eigentümers abhängig. Der Ersteher kann daher in die stehenden Früchte des Pachtguts nicht eingeführt werden, wenn auch die Einführung in diese Früchte in die Feilbietungsbedingnisse aufgenommen worden war (26. Oct. 1880/8149).

16. Der Inhalt der Feilbietungsbedingnisse, auf Grund deren die Einführung des Ersteigerers eines Pachtguts in den Besitz der stehenden Früchte erfolgt ist, und der Umstand, dass diese Einführung infolge richterlicher Anordnung stattgefunden hat, vermögen der Handlungsweise des Erstehers das Merkmal der Eigenmächtigkeit, bez. der Widerrechtlichkeit gegenüber dem Pächter, dessen Bestandrechte intabuliert sind, nicht zu benehmen, weil die Feilbietungsbedingnisse lediglich das Verhältnis zwischen dem Ersteher, dem Executionsführer und dem Executor regeln, durch dieselben aber keineswegs entgegenstehende Rechte dritter Personen, speciell der Tabulargläubiger, ohne Zustimmung der Letzteren berührt oder beeinträchtigt werden können (9. Febr. 1881/8288).

17. Dem Mieter muss auch im Falle des Zwangsverkaufs der Mietsache gehörig, d. i. zur rechten Zeit gekündigt werden. Die Rechtzeitigkeit der Aufkündigung ist nach der Dauer des mit dem früheren Bestandgeber geschlossenen Mitvertrags zu beurteilen (4. Dec. 1879, 14. April 1880, 9. Nov. 1883/8709. 7946. 9648).

18. Wenn auch bei einer notwendigen, gerichtlichen Feilbietung eines unbeweglichen Guts dem Bestandnehmer die Gewährung einer entsprechenden, zur Wegräumung seiner auf dem Bestandgute befindlichen Fahrnisse notwendigen Frist füglich nicht verweigert werden kann, so ist doch zur Dejicierung des Pächters eines executiv veräusserten Pachtguts eine gerichtliche Aufkündigung nicht notwendig, der Executionsrichter kann vielmehr die Expossessionierung ohneweiters verfügen (19. Febr. 1876, 29. März 1883/6038. 9364).

19. Auch wenn der Ersteher einer zwangsweise verkauften Liegenschaft sich zur Aufrechthaltung des verbücherten Bestandvertrags erbietet, ist der Bestandnehmer doch nicht an diesen Vertrag gebunden (19. Juni 1877/6504). S. Nr. 1.

20. Ist der Ersteher eines im Executionswege verkauften Hauses vorlängst in den Besitz desselben eingeführt worden, ohne dass er damals ein Begehren um zwangsweise Räumung wider den Mietsmann des Executen gestellt hätte, und ist ihm ebenso schon vor Jahren die gerichtliche Einantwortung des Hauses erteilt und seine Eintragung in dem Grundbuche von ihm erwirkt worden, so hat der Executionsrichter der Anordnung des § 325 aGO. (§ 481 wGO.) längst entsprochen und es ist nicht seine Sache, auch nach dem Abschlusse des Executionsverfahrens den Erwerber der Realität im Besitze derselben durch in der GO. nicht vorgesehene Zwangsmittel, nemlich durch die nunmehrige zwangsweise Delogierung des Mietsmanns, zu erhalten oder zu schützen (19. Mai 1874/5369).

D. Entschädigungspflicht des Bestandgebers.

21. Dass der Eigentümer der Bestandsache die Zustimmung des Bestandnehmers zum Verkaufe der Bestandsache erbeten hat, kann nur den Sinn haben, dass er sich Gewissheit verschaffen wollte, dass der Bestandinhaber keine Entschädigungsansprüche erheben werde. Hat der Letztere, ohne einen Vorbehalt zu machen, dem Verkaufe zugestimmt, so steht ihm ein Entschädigungsanspruch nicht mehr zu (28. Oct. 1857, 5. Juni 1884/458. 10062).

22. Die Entscheidung über die von dem Bestandnehmer auf Grund der §§ 1120 und 1221 bGb. gegen den Bestandgeber angesprochene Entschädigung hängt wesentlich von der Beurteilung der Bestimmungen des Bestandvertrags über die Dauer und die Auflösung desselben, somit von der Beantwortung der Frage ab, ob der Bestandgeber den Vertrag durch eine bestimmte Dauer einzuhalten gebunden war, denselben aber nicht eingehalten hatte. Die Geltendmachung dieser Entschädigung mittelst Klage gründet sich auf den Bestandvertrag, ist demnach eine Streitigkeit aus dem Bestandvertrage und bedingt den durch § 1 der kais. Vdg. v. 16. Nov. 1858 (RGB. 213) bestimmten Gerichtsstand der belegenen Sache (21. Sept. 1882/9099).

23. Die Klage auf Schadenersatz wegen der vorzeitigen Auflösung des Bestandvertrags durch den neuen Besitzer nach § 1120 bGb. betrifft nicht die Geltendmachung eines Rechts aus dem Bestandvertrage, wie es im § 1 der kais. Vdg. v. 16. Nov. 1858 (RGB. 213) heisst, sondern sie hat ein nur durch § 1120 bGb. begründetes Entschädigungsrecht zum Gegenstande. Sie kann daher nicht bei dem Gericht der belegenen Sache, sondern nur bei dem Personalgericht des Ersatzpflichtigen angebracht werden (20. Nov. 1884/10266).

24. Der vom neuen Besitzer dejicierte Bestandinhaber, welcher den Ersatz des entgangenen Gewinns begehrt, muss eine gesetzliche Grundlage zur Beurteilung desselben angeben. Soll es auf den Schätzungseid ankommen, so muss der Dejicierte Umstände angeben, nach deren reiflicher Erwägung (§§ 217, 218 aGO., §§ 291, 292 wGO.) der Richter den Betrag zu bestimmen und zu mässigen in der Lage ist. Die Anbietung des Schätzungseides allein kann demnach nicht genügen (4. Mai 1876/6129).

25. Bei dem freiwilligen Verkaufe des Bestandstücks steht dem Bestandinhaber, wenn er vor Ablauf der vertragsmässig bestimmten Zeit dem neuen Besitzer weichen muss, ohneweiters das Recht zu, volle Genugtuung zu fordern, was wol darin seinen Grund hat, dass, wenn bei einem freiwilligen Verkaufe der Bestandgeber es unterlassen hat, bei Abschliessung des Kaufvertrags die nötige Vorsorge zur Wahrung der Rechte des Bestandnehmers zu treffen, eben in einer solchen Unterlassung mindestens eine auffallende Sorglosigkeit liegt. Anders beim executiven Verkaufe eines Bestandstücks; hier kann eine auffallende Sorglosigkeit oder böse Absicht des Bestandgebers gegenüber dem Bestandnehmer nicht im vorhinein als vorhanden vermutet werden und es kann hier der vorzeitig dejicierte Bestandnehmer ausser der ihm allenfalls gebürenden blossen Schadloshaltung die volle Genugtuung, nämlich den Ersatz des Gewinnentgangs, nur dann ansprechen, wenn er insbesondere eine auffallende Sorglosigkeit oder böse Absicht des Bestandgebers erweist (23. Febr. 1871/4064).

26. Der Mieter kann im Vertrauen auf die Vertragstreue des Vermieters ganz wol unterlassen, von dem ihm eingeräumten Sicherstellungsmittel der Verbücherung des Bestandvertrags Gebrauch zu machen, ohne dass ihm deswegen ein Verschulden, ein Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit zur Last gelegt und

daraus eine Prämie für den Vertragsbruch des Vermieters gemacht werden könnte, derart, dass der Mieter wegen dieser Unterlassung seines Entschädigungsanspruchs wegen Nichtzuhaltung des Bestandvertrags von Seiten des neuen Erwerbers des Bestandguts verlustig werden sollte (6. Juni 1873/4994.)

27. Dadurch, dass der Mieter seine Bestandrechte bei der Concursmasse des Vermieters nicht anmeldet, zeigt er einerseits, dass er ihnen keinen Wert beilege, anderseits setzt er dadurch die Concursmasseverwaltung ausserstand, für die etwa mögliche Aufrechthaltung des Bestandverhältnisses etwas vorzukehren; er kann daher einen Anspruch auf Schadloshaltung wegen vorzeitiger Dejection aus dem Bestandverhältnisse durch den Ersteigerer des executiv veräusserten Bestandguts nicht geltend machen (28 Febr. 1872/4493).

28. Darin, dass der Pächter einer freiwillig verkauften Liegenschaft dem neuen Besitzer ohne Aufkündigung weicht, ist ein stillschweigender Verzicht des Ersteren auf seinen Entschädigungsanspruch zu erblicken (2. Sept. 1885/10681.)

29. Unterlässt der von dem neuen Erwerber der Bestandsache aus dem Besitze derselben ohne vorhergegangene gehörige Aufkündigung gedrängte Bestandinhaber diesen Eingriff in seine Besitzrechte mit dem Rechtsmittel der Besitzstörungsklage abzuwehren, so ist die Annahme gerechtfertigt, dass er freiwillig von der weiteren Benützung der Bestandsache abgestanden ist und er kann in diesem Falle nicht Entschädigungsansprüche gegen den Vorbesitzer lediglich auf Grund der Tatsache, dass dieser die Bestandsache vor Ablauf der Bestandzeit verkauft und dem Käufer übergeben habe, geltend machen (29. Juli 1880/8050).

30. Zur Sicherstellung des etwaigen Schadenersatzanspruchs gegen den Bestandgeber, welcher die Bestandsache mit dem Auftrage zur Einhaltung der Bestandverträge verkauft hatte, muss der von einem Nachmanne des Käufers aufgekündete Bestandinhaber den ersten Verkäufer von der erhaltenen Aufkündigung verständigen und zur gemeinsamen Anbringung der Einwendungen gegen dieselbe, rücksichtlich zur Vertretung in dem anzustrengenden Räumungsstreite auffordern und den Ausspruch der Unwirksamkeit dieser Aufkündigung begehren. Hat der Bestandnehmer dies verabsäumt, so mangeln die Bedingungen, unter welchen der zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs unerlässlich notwendige Beweis der Schuld des ersten Verkäufers erreichbar wäre, indem dieser durch Ausserachtlassung einer gesetzlichen Vorschrift von Seiten des Bestandinhabers gehindert wurde, von dem ihm aus dem Kaufvertrag gegen seinen Besitznachfolger zustehenden Rechte Gebrauch zu machen, insbesondere gegen den Letzteren das Regressrecht zur Geltung zu bringen, falls er zur Schadenersatzleistung angehalten werden würde (11. Juli 1878/7067).

31. Sind die dem Bestandnehmer aus dem Bestandvertrage zukommenden Rechte für ihn auf dem Bestandgute einverleibt, so muss seine gegen den Bestandgeber angestellte Entschädigungsklage als eine Hypothekarklage angesehen werden und es ist daher die grundbücherliche Anmerkung derselben durch den § 59 GbG. gerechtfertigt (11. Sept. 1873/5076.)

32. Die dem Mieter vertragsmässig für den Fall der Veräusserung des Hauses und seiner Austreibung durch den neuen Erwerber zugesicherte Entschädigungssumme gebürt demselben auch im Falle einer Zwangsveräusserung. Denn es ist nicht abzusehen, dass dem Mieter die vereinbarte Entschädigungssumme für den Entgang der Miete vor Ablauf der vertragsmässigen Zeit nur im Falle der freiwilligen Veräusserung des Bestandsobjects durch den Vermieter — wogegen er sein Recht in anderer Art, durch bücherliche Einverleibung, wahren konnte — nicht aber auch für den, wenngleich nicht ausdrücklich erwähnten Fall einer notwendigen gerichtlichen Veräusserung zugesichert sein sollte (14. Jan. 1869/3246).

33. Bei der Verteilung des Meistbots von einer zwangsweise veräusserten Liegenschaft sind die von dem Pächter, dessen Bestandrecht einverleibt ist, bestrittenen Bewirtschaftungskosten als Vorzugspost zu behandeln, weil diese Kosten als zum Nutzen aller Gläubiger aufgewendet angesehen werden müssen; der Forderung des Ersatzes des vorausgezahlten Pachtschillings kommt die Rangordnung der grundbücherlichen Eintragung des Pachtvertrags zu (5. Oct. 1880/8125).

Literarische Anzeigen.[1]

Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. Von Dr. Carl Ritter v. Czyhlarz, k. k. Hofrat und Professor der Rechte an der k. k. deutschen Carl Ferdinands-Universität in Prag. Prag, Wien, Leipzig, F. Tempsky, G. Freytag 1889.

Den hohen Stand der romanistischen Rechtswissenschaft in Oesterreich kennzeichnet nichts besser als das in der Ueberschrift genannte, Unger gewidmete Lehrbuch von Czyhlarz, dem Fortsetzer von Glück's Pandecten-Commentar. Bestimmt, den Anfänger in das Studium des römischen Rechts und der Rechtswissenschaft einzuführen und daher in erster Reihe dessen Bedürfnissen dienend, gewährt es auch dem Kundigen hohen Genuss und befriedigt weitestgehende Ansprüche, die an ein Lehrbuch mit Recht gestellt werden. Denn es ist, um es mit einem Worte zu sagen, nach Form und Inhalt ein Kunstwerk. Beschränkt es sich zwar, seiner Bestimmung gemäss, nur auf die Grundzüge der Rechtsinstitute, um den Anfänger nicht durch die Masse des Stoffs zu erdrücken; so ist doch einerseits die Auswahl dessen, was hier geboten wird, so überaus glücklich getroffen, dass nirgends Wesentliches vermisst wird, anderseits die Darstellung eine so gerundete, so geschmackvolle, dass das Studium desselben nicht nur nicht ermüdend wirkt, sondern den Leser und nicht allein den Anfänger fesselt und dem Verfasser zu folgen zwingt, weil es „leicht wird zu folgen". Wer sich von dieser glücklichen Vereinigung der hervorgehobenen Eigenschaften in diesem Lehrbuche überzeugen will, der braucht nur irgend eine beliebige Partie nachzulesen, z. B. gleich die classische Darstellung der Bedeutung und Reception des römischen Rechts, oder die des Besitzes und Besitzesschutzes, oder der Geschichte des Eigentums im römischen Recht, oder die der Verträge oder des Erbrechts überhaupt u. s. w. Wir zweifeln, dass in einem anderen Lehrbuche mit so wenigen Worten so viel gesagt ist. Ein grosser Vorzug desselben ist auch die Aufnahme besonders prägnanter Klags- und Interdictsformeln in den Text, wodurch dem Anfänger in besonders plastischer Weise das Wesen einzelner Rechtsinstitute vor Augen geführt werden soll, sowie die kurze Darstellung des römischen Civilprocesses, aus der insbesondere die vortreffliche Entwicklung des Begriffs der actio hervorgehoben werden soll. Doch, wer vermöchte alles Einzelne hervorzuheben? Das Buch ist würdig des Verfassers und würdig des Meisters, dem es gewidmet ist. Hoffen wir, dass es bald in der Hand keines österreichischen Studirenden fehlen und auch ausserhalb Oesterreichs gebührende Anerkennung und Verbreitung finden wird. Die Verlagshandlung hat dazu durch die Ausstattung des Buchs und den ausserordentlich niedrigen Preis desselben das ihrige gethan. Dr. K.

---

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Bauernmarkt 11, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.



Lehrbuch der Pandekten. Von Dr. Otto Wendt, Professor des Römischen Rechts in Jena. Jena 1888 bei Gustav Fischer.

Reich ausgerüstet und glänzend ausgestaltet — in diesen Worten lässt sich das Urtheil ausdrücken, welches man schon nach einem flüchtigen Blick in das vorliegende Lehrbuch über dasselbe gewinnt. Wahrlich, die deutsche Rechtsliteratur ist nicht arm an Pandektenlehrbüchern und es gehört sicherlich ein hoher Grad von Muth dazu, neben den ausgezeichneten Lehrbüchern, welche namentlich die neuere Zeit hervorgebracht hat, wieder ein neues auf den literarischen Markt zu bringen, Aber Wendt's Pandektenlehrbuch darf sich kühnlich neben die besten stellen und wird auch in der Literatur neben den besten seinen Platz behaupten. Von den umfassenderen Pandektenwerken unterscheidet es sich schon äusserlich durch seinen knappen Umfang; es füllt nur einen Octavband von 922 Seiten aus. Diese Beschränkung auf einen verhältnismässig so geringen Raum war nur möglich infolge einer äusserst concisen Darstellung und durch Maasshalten in der Erörterung von Fragen der allgemeinen Rechtslehre. In wahrhaft meisterlicher Weise weiss der Verfasser in das Gewirre von Controversen, welche so manche Lehre überwuchern, mit wenigen Worten Ordnung zu bringen und oft durch ein paar kurze Andeutungen über ein zum Tummelplatz der Constructionskunst gewordenes dunkles Gebiet helles Licht zu verbreiten. Im Uebrigen legte der Verfasser auf Form und Darstellung das Hauptgewicht und sein Bestreben in dieser Richtung zeigt sich nicht nur in der glücklichen Giederung des Systems, sondern auch in der glatten und reinen Ausdruckweise. Sachlich bietet das vorliegende Werk mehr als ein anderes vom Corpus juris und ist dasselbe bestrebt, den Jünger der Rechtswissenschaft unmittelbar in die römischen Rechtsquellen einzuführen und mit dem Geiste der grossen römischen Juristen vertraut zu machen. Diese seine Aufgabe wird es, das kann schon jetzt gesagt werden, erfolgreich erfüllen, und so mag denn das jüngste Pandektenlehrbuch allen Rechtsbeflissenen aufs wärmste empfohlen werden.

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Von Dr. Hugo Meyer, Professor der Rechte in Tübingen. Erlangen, Andreas Deichert, 1886 und 1888.

Nun liegt auch schon die zweite Hälfte dieses trefflichen Lehrbuchs in vierter umgearbeiteter Auflage vor, nachdem die erste Hälfte schon 1886 erschienen war. Das Werk hat sich in kurzer Zeit die Gunst sowohl der studirenden Jugend als der Gelehrtenwelt erobert. Die exacte Methode des Verfassers, welche, alle nebelhaften Doctrinen ablehnend, das positive Recht aus dem gegebenen Gesetze entwickelt und die Wissenschaft dem Recht, nicht dieses jener dienstbar macht, die Klarheit seiner Darstellung, die eingehende Berücksichtigung der Literatur und der Praxis — diese Vorzüge erklären wohl zur Genüge die Beliebtheit, dessen sich Meyer's Lehrbuch erfreut. In der vorliegenden Auflage erscheint dasselbe völlig umgearbeitet. Zunächst im allgemeinen Theil, der nicht mehr nach dem Unterschied des subjectiven und des objectiven Strafrechts eingetheilt ist, sondern sich in die Lehren von den rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit und von der Art der Bestrafung gliedert, — eine Eintheilung, die als eine durchaus natürliche und glückliche zu bezeichnen ist. Ebenso ist auch die Eintheilung des besonderen Theils durchgreifend umgestaltet worden. Die Delicte sondern sich nunmehr in Delicte gegen die persönlichen und in solche gegen die allgemeinen Rechtsgüter. Unter die ersten reiht der Verfasser die Delicte gegen die Person als solche, gegen die Freiheit, die Ehre, das Vermögen und gegen sonstige persönliche Rechtsgüter, — unter die letzteren die Delicte gegen den Staat, den öffentlichen Frieden, den rechtlichen Verkehr, die allgemeine Sicherheit, die Sittlichkeit, die Religion und sonstige öffentliche Interessen. Auch diese Eintheilung ist als eine gelungene und die Uebersicht über den aus so heterogenen Bestandtheilen zusammengesetzten Strafrechtsstoff ungemein erleichternde zu bezeichnen.

Die Entwicklung der Justizgesetzgebung in Ungarn während der Jahre 1875—1887. Mit besonderer Rücksichtnahme auf das Gebiet des Strafrechts und Gefängniswesens. Dargestellt von Professor Dr. S. Mayer. Wien, Manz, 1888.

Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für Russland. Besonderer Theil. Verbrechen gegen die Person. Strafbare Handlungen gegen das Eigenthum. In rechtsvergleichender Darstellung kritisch besprochen von dem k. k. Regierungsrat Professor Dr. S. Mayer. Berlin und St. Petersburg, 1888.

Die neuesten Reformbestrebungen auf dem Gebiete des französischen Strafprocesses. Von Professor Dr. S. Mayer in Wien.

Nach Mittermaier hat es kaum einen zweiten Rechtslehrer gegeben, der dem Studium der Strafgesetzgebung der Welt mit solchem Fleisse obgelegen wäre, wie Professor S. Mayer. Kein Strafgesetzbuch in irgend einem europäischen Lande ist in unserer Zeit zustande gekommen, an dessen Vorarbeiten er sich nicht betheiligt, das er nicht begutachtet oder kritisch besprochen hätte. In der letzten Zeit hat er die ungarische Gesetzgebung zum Gegenstand seines Studiums gemacht und die Früchte desselben theilt er uns nun mit in der erstgenannten Schrift, welche uns den Entwicklungsgang der ungarischen Justizgesetzgebung in den letzten zwölf Jahren vorführt und zeigt, von welchen mächtigen Impulsen dieselbe bewegt ist und welche riesige Fortschritte sie in der Gegenwart gemacht hat. Ist auch manches in dem Bilde, das uns der Verfasser von den Justizzuständen in Ungarn entwirft, allzu rosig gefärbt, so sind ihm doch die Ungarn, deren Rechtsleben er zum erstenmal in die deutsche Literatur einführt, nicht minder als die deutschen Juristen zu Dank verpflichtet, die er mit den Rechtserscheinungen eines Culturlandes bekannt macht, das bislang gerade auf diesem Gebiete eine terra incognita war. In den beiden anderen oben an zweiter Stelle genannten Schriften, von welchen die eine ein Sonderabdruck aus Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Bd. XXXIV, die andere selbständig in St. Petersburg gedruckt ist, finden wir die Gutachten, welche der Verfasser der Redactionscommission des Strafgesetzbuchs für Russland auf deren Ansuchen erstattet hat. Es sind das wertvolle Arbeiten, welche uns nicht nur einen Einblick in das russische Strafrecht gewähren, sondern auch den grossen Zusammenhang der Principien zeigen, welche den europäischen Strafgesetzgebungen zugrunde liegen, und uns wieder einmal daran erinnern, dass, so bequem es auch sein mag, sich in das Studium der vaterländischen Gesetzgebung einzuspinnen, doch ein wahres wissenschaftliches Rechtsstudium ohne Kenntnis der fremden Gesetzgebungen nicht möglich ist.

Das letztgenannte Schriftchen, ein Sonderabdruck aus Gerichtssaal XLI. Band, zeigt uns in überaus instructiver Weise die Mängel des französischen Strafprocesses und macht uns mit den auf die Verbesserung desselben abzielenden Bestrebungen bekannt. Hier zeigt sich der Verfasser als gründlicher Kenner der französischen Gesetze und Processeinrichtungen und man sieht es seinen Bemerkungen an, dass er aus dem Vollen schöpft. Seine Ausführungen sind aber auch in vieler Hinsicht lehrreich für den österreichischen wie für den deutschen Juristen und sollten von Allen, welche mit dem Strafprocess zu thun haben, beherzigt werden.



Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

1.

1. Einrede der Ersitzung gegen die Eigentumsklage des bücherlichen Einzelnachfolgers in ein Grundstück (§ 1500 bGb.). — 2. Begriff des Vertrauens in das Grundbuch. — 3. Passivlegitimation eines von mehreren Mitbesitzern für die Eigentumsklage?

(E. 5. Oct. 1888, Z. 10173.)

A hatte bei einer Zwangsversteigerung die Realität Nr. 30 erstanden, zu welcher auch das Grundstück x zugeschrieben war, und belangte nun den B als den Besitzer des letzteren auf Herausgabe desselben. Die vom 1. R. zugelassene Klage wurde vom OLG. abgewiesen. Gründe: Die Appellation des Gekl. ist begründet; denn abgesehen davon, dass auch auf die Einwendung des Gekl., dass er das Grundstück x keineswegs allein, sondern gemeinschaftlich mit seiner Gattin besitzt und inne hat, Rücksicht genommen werden sollte, und dass auch auf die diesfalls angebotenen Beweise hätte erkannt werden sollen, hat der Kl. sein Eigentumsrecht zu dem in Rede stehenden Grundstücke nicht bewiesen und ist sonach nicht berechtigt, die Herausgabe desselben vom Gekl. zu verlangen, u. zw. deshalb, weil er sein Klagebegehren auf dieses sein Eigentum stützt, weshalb er es auch zu beweisen hatte. Der Kl. stützt sein Eigentumsrecht darauf, dass das Grundstück x grundbücherlich zur Realität Nr. 30 zugeschrieben ist, dass er diese Realität am 22. Juli 1886 in executiver Feilbietung erstanden habe, und dass er hiedurch Eigentümer des strittigen Grundstücks geworden ist. Aber abgesehen davon, dass nach der Behauptung des Gekl. die grundbücherliche Zuschreibung des fraglichen Grundstücks zur Realität Nr. 30 irrtümlicherweise erfolgt ist, hat der Gekl. bewiesen, dass er das Eigentum dieses Grundstücks durch die Ersitzung erworben hat. Denn die von ihm zum ewigen Gedächtnisse geführten unbedenklichen Zeugen haben bestätigt, dass das Grundstück x sich seit mehr als 30 Jahren im Besitze der Eigentümer der Realität Nr. 7 befunden habe, von denselben benützt, landwirtschaftlich bearbeitet worden ist, dass dieselben das fragliche Grundstück gefechst haben, ohne dass irgend Jemand jemals dies verwehrt hätte. Durch die Aussagen der genannten Zeugen ist gemäss § 137 aGO. der volle Beweis über die von dem Gekl. behauptete Ersitzung erbracht; denn gemäss § 1477 bGb. hat der Gekl. mit Rücksicht auf die Dauer der Ersitzungszeit nicht nötig den Rechtstitel anzugeben. Die Behauptung, dass der Gekl. sich

nicht auf die Ersitzung berufen könne, weil er das fragliche Grundstück mittels Vertrags erworben habe, ist nicht richtig, weil der Gekl. gemäss § 1493 bGb. berechtigt ist, sich die Ersitzungszeit seines Vorfahren mit einzurechnen, abgesehen davon, dass der Kl. gar nicht behauptet, geschweige denn, wie er gemäss § 320 bGb. verpflichtet gewesen wäre, erwiesen hat, dass der Gekl. ein unrechtmässiger Besitzer ist. Auf diese Unrechtmässigkeit kann übrigens auch nicht aus dem Umstande geschlossen werden, weil der Gekl. bei Erwerbung des fraglichen Grundstücks in die öffentlichen Bücher nicht eingesehen hat, und kann auch rücksichtlich des Gekl. von dem Mangel des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher nicht gesprochen werden, weil er das Grundstück gegenüber den öffentlichen Büchern ersessen hat und die Ersitzung conctra tabulas gesetzlich zulässig ist. Es sind somit alle Umstände vorhanden, gemäss denen die Gekl. nach § 1477 bGb. als Eigentümer des mehrerwähnten Grundstücks angesehen werden können. Der Kl. konnte aber auch durch die executive Feilbietung nicht mehr Rechte erwerben als die früheren Besitzer der exequierten Realität vor ihm hatten, daher auch nicht das Eigentum eines Grundstücks erwerben, dessen Eigentum sie trotz der grundbücherlichen Zuschreibung durch die Ersitzung verloren haben. Es kann sich aber auch der Kl. auf den Glauben in die öffentlichen Bücher nicht berufen; denn wie durch den Zeugen H (der als Gerichtscommissär bei der executiven Feilbietung anwesend gewesene k. k. Gerichtsadjunct) und S, (Schriftführer bei der executiven Feilbietung) festgestellt ist, äusserte sich vor Beginn der Feilbietung, zwar nicht wie im Processe behauptet wird, der Gekl., sondern der Execut, dass eines von den zu verkaufenden Grundstücken zu der in Execution gezogenen Realität Nr. 30 nicht gehöre. Diese Aeusserung ist nicht so bedeutungslos, wie der Kl. sie darzustellen beliebt, denn durch dieselbe musste der Kl. darauf aufmerksam gemacht werden, dass der Grundbuchsstand von einer gewichtigen Person als mit dem wirklichen Stande nicht übereinstimmend bezeichnet wurde. Es lag sonach dem Kl. ob, sich von der Sachlage zu überzugen, was keineswegs so schwer war, nachdem der Umstand ob ein im Grundbuche verzeichnetes Grundstück sich im Besitze einer anderen Person befindet, sehr leicht zu erfahren ist, und eine einfache Umfrage bei den Ortsinsassen genügt hätte, damit der Kl. die notwendige Aufklärung erlange. Hat aber der Kl. dies unterlassen, dann kann man nicht, insoweit seine Person in Betracht kommt, von dem Vertrauen in die öffentlichen Bücher sprechen, und hat sich der Kl. die Folgen seines Versäumnisses selbst zuzuschreiben. Die Klage stellt sich sonach als unbegründet dar, weshalb dieselbe abgewiesen werden musste.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. aus nachstehenden Gründen: Durch die Aussage der zum ewigen Gedächtnisse einvernommenen Zeugen ist gemäss § 137 aGO. erwiesen, dass die Besitzer der Realität Nr. 7 das zu jener Realität gehörige im Stritte befangene Grundstück x mehr als 30 Jahre benützten, dasselbe bearbeiteten und die Früchte von demselben bezogen haben. Hieraus folgt einerseits, dass der Gekl., welcher, wie nicht bestritten worden ist, mit seiner Gattin die Realität Nr. 7 besitzt, mit derselben gemäss §§ 1477 und 1493 bGb. auch das Grundstück durch Ersitzung erworben hat, anderseits, dass die Klage, insofern B auf Uebergabe jenes Grundstücks allein geklagt wird, sich als verfehlt darstellt, da seine Gattin jenes Grundstück mitbesitzt, weshalb B nicht das Recht hat, rücksichtlich dieses Grundstücks allein Verfügungen zu treffen. Aber abgesehen von diesem gewichtigen Mangel ergibt sich aber auch noch, dass der Kl., welcher die Realität Nr. 30, zu welcher jenes Grundstück grundbücherlich zugeschrieben ist, bei der executiven Feilbietung gekauft hat, gegen die zur Geltung gebrachte Ersitzung sich mit Erfolg unter Berufung auf den § 1500 bGb. nicht schützen kann, nachdem durch die vor Beginn der executivon Feilbietung gegenüber dem Feilbietungscommissär abgegebene und auf den Umstand, dass der Grundbuchsstand mit der Wirklichkeit nicht übereinstimme, sich beziehende Erklärung des Executen, welche Erklärung durch die Zeugen H und S bestätigt wird, nicht behauptet werden kann, dass der Kl. im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt habe, insbesondere aber dann nicht. wenn erwogen wird, dass der Kl., wie in den Urtheilsgründen zweiter Instanz mit Recht hervorgehoben wird, infolge einer Erklärung des Executen sich leicht die nöthigen Aufklärungen über den Umfang der bezüglichen Realität verschaffen könnte.

2.

Wirksamkeit der Bestimmung der strittigen Grenze zwischen zwei Liegenschaften durch einen von beiden Theilen gewählten Schiedsmann.

(E. 20. Juni 1888, Z. 6773.)

Die vom 1. R. zugelassene Klage des A gegen B auf Anerkennung, dass die Grenze zwischen den beiden Realitäten x und y in der von dem behördlich autorisirten Civilingenieur T ermittelten Linie laufe, und auf Gestattung, dass in den laut Planskizze ermittelten Punkten ordentliche Rainsteine gesetzt werden, wurde vom OLG. abgewiesen. Gründe: Der Kl. behauptet in seiner Klage selbst, dass die Grenzen zwischen den Besitzständen beider Streitteile im Laufe der Zeit unkenntlich geworden sind, namentlich dadurch, dass der Gekl. mehrfach über seine Grenzen hinausgeackert und sich dadurch einen Theil des kl. Grunds widerrechtlich angeeignet habe. Damit ist vom Kl. selbst der Fall, dass die Grenzen streitig sind, zugestanden und behauptet, in welchem Falle vom Gerichte nach § 851 bGb. vor Allem der letzte Besitzstand zu schützen, von jenem, der sich in seinem Eigentumsrechte verletzt erachtet, sein Recht der Ordnung nach geltend zu machen ist. Der Kl. verlangt nun, den Gekl. zur Anerkennung jener Grenzen zu verhalten, welche der Ingenieur T ermittelt hat, und beruft sich darauf, dass der Gekl. sich aussergerichtlich damit einverstanden erklärt habe, dass die Berainung durch den genannten Civilingenieur vorgenommen werde. In einem solchen Einverständnisse kann jedoch keineswegs eine im vorhinein erfolgte Anerkennung jener Grenzen, welche der Ingenieur ermitteln wird, gefunden werden, zumal aus den Aussagen der Zeugen hervorgeht, dass bei der vorgenommenen Vermessung die weitere Berainung nicht vorgenommen worden ist, weil der Gekl. damit nicht einverstanden war, dass somit thatsächlich bei der Berichtigung der Marken ein Streit entstanden ist, welcher nach § 851 bGb. vor Allem den Schutz des letzten factischen Besitzes zur Folge haben muss. Sache des Kl. wäre es daher gewesen, die nöthigen Behelfe beizubringen, um sein stärkeres Recht zu erweisen. Diese Behelfe können aber in dem blossen Gutachten der Sachverständigen, dass die vom Ingenieur T verfasste Planskizze mit der Grundbuchsmappe übereinstimme, nicht gefunden werden, da letztere eben mit dem factischen Stande nicht übereinstimmt und erst ihre Richtigkeit durch andere Behelfe, wie z. B. die Urkunden über die Theilung der Stammrealität, aus welcher die Besitzstände x und y entstanden sind, zu erweisen wäre.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Durch die Aussagen der unbedenklichen Zeugen ist erwiesen, dass die Streittheile mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Grenzen zwischen ihren nebeneinanderliegenden Wirtschaften unkenntlich geworden waren, sich dahin geeinigt haben, dass der behördlich autorisirte Civilingenieur T die Berainung und Begrenzung sammt Rainsteinsetzung zwischen ihren beiderseitigen Wirtschaften durchführen solle. T ist diesem ihm von beiden Streitteilen gemeinschaftlich ertheilten Auftrage auch nachgekommen und hat die Grenzlinie zwischen den Wirtschaften derselben bestimmt. Der Gekl. ist nun nicht berechtigt, eigenmächtig von dem mit dem Kl. getroffenen Uebereinkommen abzugehen und die Anerkennung der von T festgesetzten Grenzlinie zu verweigern. Der Umstand, dass Gekl. während der Grenzbestimmung sich mit derselben nicht einverstanden erklärte und der weiteren Berainung nicht beiwohnte, ist unentscheidend, weil er nicht nachgewiesen hat, dass T bei Festsetzung der Grenzlinie irrtümlich vorgegangen sei, vielmehr die Sachverständigen mit Zuhilfenahme der Grundbuchsmappe erklärt haben, dass die von T gezogene Besitzgrenze richtig sei. Das Klagebegehren stellt sich daher als begründet dar.

3.

Hinfälligkeit des executiven Rechtserwerbs an einer indebite haftenden Hypothekarforderung.

Vgl. unten Nr. 4 und Nachw.

(E. 11. Jän. 1888, Z. 14007 ex 1887.)

B hatte auf eine auf der Liegenschaft x des A für C haftende Hypothekarforderung im Executionswege das Superpfandrecht erworben und wurde nun von A mit der Behauptung, dass er diese Forderung an D, dem sie C abgetreten hatte, bereits bezahlt habe, auf Löschung belangt. Der 1. R. erkannte gegen den Erfüllungseid des Kl. nach dem Klagebegehren. Gründe: Durch die unbedenklichen Zeugen ist nachgewiesen, dass zwischen C und D am 31. Jan. 1882 ein Abtretungsvertrag zustande kam, mittelst welchem C dem D Forderungen im Betrage pr. 1542 fl. 61²/₈ kr. cedirt hat, und dass unter diesen Forderungen auch die auf der Realität x pfandrechtlich sichergestellten Beträge pr. 420 fl. und 567 fl. 17²/₈ kr. enthalten waren, und ist weiter auch durch die unbedenklichen Zeugen erwiesen, dass der Hypothekbesitzer A an C angewiesen wurde, die abgetretenen oben angeführten Hypothekarforderungen pr. 420 fl. und pr. 567 fl. 17²/₈ kr. dem Cessionär D zu bezahlen. Falls nachgewiesen wird, dass die Hypothekarforderungen pr. 420 fl. und pr. 567 fl. 17² ₈ kr. zur Zeit, als das executive Superpfandrecht für die Forderung des B pr. 800 fl. auf denselben erwirkt wurde, nicht mehr zu Recht bestanden, und das Pfandrecht für dieselben indebite haftete, so kann auch das auf denselben erwirkte executive Superpfandrecht nicht als zu Recht bestehend und giltig angesehen werden. Die Bestimmung des § 469 bGb. hat ebenfalls zur Voraussetzung, dass Derjenige, der ein Superpfandrecht auf eine Hypothekarforderung erwirkt, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handelt, dieses Superpfandrecht muss ihm jedoch auf Grund eines freiwilligen Acts von Seite desjenigen, für den jene Hypothekarforderung haftet, eingeräumt werden, und es kommt somit das Princip des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher, wie dafür auch §§ 468, 727 bGb. sprechen, blos bei der freiwilligen Verpfändung zur Anwendung. Im vorliegenden Falle kann man nicht annehmen, dass schon gleich nach der erfolgten Cession von Seite des C an D das Pfandrecht für die mehrerwähnten Forderungen indebite haftet, sondern indebite haftete es auf der Realität x erst vom Zeitpunkte der Tilgung der Schuld, welche nach Angabe des Kl. durch Zahlung erfolgte. Da jedoch durch die Ausstellung eines Wechsels über eine bestehende Schuld diese Schuld noch nicht bezahlt und getilgt ist, der unbedenkliche Zeuge J die erste halbe Probe darüber erbrachte, dass der Kl. den vom C an D cedirten Gesammtbetrag von 1542 fl. 61²/₈ kr., in welchem auch die mehrerwähnten Hypothekarforderungen pr. 420 fl. und 567 fl. 17²/₈ kr. enthalten waren, dadurch bezahlt hat, dass er am 31. Jän. 1882 den Theilbetrag pr. 42 fl. 61²/₈ kr. baar bezahlt und den am selben Tage von D auf eigene Ordre ausgestellten und auf A gezogenen, von demselben acceptirten Primawechsel am Verfallstage, nämlich am 30. April 1882 eingelöst hat, wurde auf den Erfüllungseid des Kl. über diese entsprechenden Umstände erkannt.

Das OLG. erkannte auf unbedingte Abweisung der Klage. Gründe: Mit vollem Rechte beruft sich der Gekl. auf die Bestimmung des § 469 bGb. und seine von dem Kl. nicht widerlegte bona fides bei Erwirkung des erwähnten executiven Superpfandrechts. Aus den eigenen Anführungen des Kl. ergibt sich, dass die beiden Forderungen pr. 420 fl. und 567 fl. 17²/₈ kr. zur Zeit, wo Gekl. das executive Superpfandrecht auf denselben erwirkte, auf der Realität x bücherlich noch für C aushafteten, indem das executive Superpfandrecht infolge Bescheides vom 16. Jän., resp. 21. Jän. 1885 erworben wurde, um die Einverleibung der Uebertragung der beiden Forderungen an D aber erst sub praes. 27. Febr. 1885 und um Löschung derselben sub praes. 4. März 1885 angesucht worden ist. Wenn die Anordnung des § 469 bGb., wonach zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend ist, und ein Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, von Wirksamkeit sein soll, so kann dieselbe nicht anders, als dahin verstanden werden, dass das Pfandrecht, die sächliche Haftung der Realität, auch

nach dem Erlöschen der Forderung so lange fortbesteht, bis das Pfandrecht aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Denn die Bestimmung, dass zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld allein nicht hinreicht, dass vielmehr die Hypothek bis zur Löschung der Schuldurkunde in den öffentlichen Büchern verhaftet bleibt, besagt unzweifelhaft, dass das Pfandrecht für die erloschene Forderung aufrecht bleibt, weil das „verhaftet bleiben" des Hypothekarguts eben in nichts anderem besteht, als dass dasselbe mit dem Pfandrecht auch weiterhin befangen ist. Es bildet aber diese Bestimmung des § 469 bGb. eine Ausnahme von der im Eingange desselben aufgestellten Regel, dass das Pfandrecht durch Tilgung der Schuld aufhört, auf welche Ausnahme auch im § 1412 bGb. dadurch hingewiesen wird, dass daselbst der § 469 bGb. bezogen erscheint. Allerdings setzt logisch und nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 449 bGb. die Entstehung des Pfandrechts immer eine giltige Forderung voraus; allein daraus folgt nicht, dass das entstandene, erworbene Pfandrecht nach dem Erlöschen der Forderung nicht weiter bestehen kann, indem das Gesetz die sächliche Haftung des Pfandguts neben der persönlichen des Verpflichteten kennt, und dies eben im § 469 bGb. zum stricten Ausdrucke bringt. Wenn aber das Pfandrecht für eine zwar getilgte, aber noch nicht bücherlich gelöschte Forderung eventuell aufrecht besteht, so bildet dasselbe ein im Verkehre stehendes Vermögensobject des Schuldners, an welchem Dritte, welche redlich handeln, Rechte, insbesondere durch Executionsführung erlangen können; denn dafür, den eben ausgedrückten Grundsatz auf den Fall einer freiwilligen Verpfändung zu beschränken, liegt nicht der mindeste gesetzliche Anhaltspunkt vor, weil § 454 bGb. nur den Begriff des Afterpfands normirt, indem er ausspricht, dass, wenn der Pfandinhaber sein Pfand weiter verpfändet, eben das Afterpfandrecht entsteht; daraus aber nicht gefolgert werden kann, dass dieses nicht vermöge der übrigen, im § 449 bGb. ausgedrückten Titel: Gesetz, richterlicher Ausspruch, letzter Wille des Eigentümers erworben werden kann, wie dieses hinsichtlich des gesetzlichen Pfandrechts des Staats bezüglich der auf einem Afterpfande haftenden Staatsansprüche nicht im mindesten bezweifelt werden kann. Da nun Kl., dem nach § 328 bGb. dieser Beweis oblag, weder behauptet, geschweige denn erwiesen hat, dass sich der Gekl. bei Erwerbung seines Superpfandrechts im bösen Glauben befunden, bez. von der Cedirung und Bezahlung der Forderungen des C Kenntnis besessen habe, so hat Gekl., selbst wenn die Cedirung und Zahlung der fraglichen Forderungen erfolgt wäre, ein wirkliches Afterpfandrecht erlangt, und kann ihm dasselbe von dem Kl. mit Erfolg nicht bestritten werden, zumal sich dieser auch nicht auf § 3 des Hfd. vom 29. Mai 1845 (JGS. 889) zu berufen vermag, da das erworbene Recht des Gekl. sein Recht ausschliesst. Der vom 1. R. zugelassene Beweis der geschehenen Zahlung ist demnach völlig unerheblich, und war die Klage als unbegründet unter Abänderung des erstr. U. abzuweisen.

Der OGH. fand dem Revisionsbegehren des Kl. stattzugeben und in Abänderung des angef. o. g. U. jenes der ersten Instanz aus dessen „der Sachlage und dem Gesetze vollkommen entsprechenden Gründen" wieder herzustellen.

4.

Sicherheit des gutgläubigen executiven Rechtserwerbs an einer indebite haftenden Hypothekarforderung. [1]

Vgl. oben Nr. 8, dann Bd. IV Nr. 64 und Nachw.

(E. 25. Sept. 1888, Z. 8452. — V. Senat. — SpR. 143.)

Der Klage des A gegen B wegen Anerkennung der Erlöschung einer vor dem im Executionswege erwirkten Superpfandrechte getilgten, quittirten, aber grundbücherlich nicht gelöschten Forderung, Ungiltigkeit des erwirkten Superpfandrechts und Löschung desselben, hat das BG. unbedingt stattgegeben, von der Erwägung ausgehend, dass es zur vertragsmässigen Erwerbung des Pfandrechts an einer bücherlich haftenden Forderung notwendig sei, dass dieselbe von

[1] S. dagegen Kavčič in dieser Zeitschr. Bd. V. S. 257 ff.

demjenigen, auf dessen Namen sie im Grundbuche eingetragen ist, dem Gläubiger als Pfand gegeben und von diesem, ohne Kenntnis davon zu haben, dass die Forderung nicht mehr aufrecht besteht, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher angenommen werde, dass aber auf die executive Pfändung einer Hypothekarforderung der Schlussatz des § 469 bGb. deshalb nicht Anwendung finde, weil § 456 bGb. den redlichen Gläubiger, welcher eine dem Schuldner nicht gehörige Sache als Pfand erhielt, in der Regel nur dann schützt, wenn ihm die Sache vom Schuldner selbst als Pfand gegeben wurde, nicht aber auch dann, wenn der Gläubiger im Wege der executiven Pfändung dieselbe an sich gebracht hat.

Das OLG. hat dem Klagebegehren bedingt für den Fall stattgegeben, wenn der Gekl. den Haupteid dahin nicht ablegt, dass es seines Wissens und Erinnerns nicht wahr sei, dass ihm vor Erwerbung des executiven Superpfandrechts sein Schuldner die Mittheilung gemacht hat, dass seine Satzpost bereits bezahlt ist. Dieses U. wurde damit begründet, dass nach dem Schlussatze des § 469 bGb. ein Hypothekargut so lange verhaftet bleibt, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist, dass das Pfandrecht für die fragliche Forderung zur Zeit des Vollzugs des Superpfandrechts bücherlich aushaftete, daher das Superpfandrecht für die Forderung des Gekl. rechtsgiltig erwirkt wurde. Da aber die Satzpost zu jener Zeit bereits bezahlt war und der Kl. zugleich angeführt hat, dass der Gekl. vor der Erwerbung des Superpfandrechts von seinem Schuldner die Mittheilung über die erfolgte Bezahlung der Satzpost erhalten habe, wurde zur Erprobung dieser von dem Gekl. widersprochenen Thatsache auf den vom Kl. angebotenen Haupteid erkannt, weil für den vom Kl. behaupteten Fall dem Geklagten das Erfordernis des Vertrauens auf die öffentlichen Bücher abgehen würde und daher die Klage abgewiesen werden müsste.

Das o. g. U. wurde unter Abweisung der vom Kl. dawider ergriffenen Revisionsbeschwerde von dem OGH. mit nachstehender Begründung bestätigt: Das o. g. U. entspricht der Sachlage und dem Gesetze, wenn erwogen wird, dass gemäss dem Schlussatze des § 469 bGb. die sachliche Haftung des Hypothekarguts auch noch nach dem Erlöschen der Forderung bis zur Löschung des Pfandrechts aus den öffentlichen Büchern fortbesteht, dass ferner für eine Beschränkung dieser Bestimmung auf den Fall einer freiwilligen Verpfändung weder im Wortlaute noch im Geiste des Gesetzes ein Anhaltspunkt zu finden ist und dass endlich die Frage in Betreff der Redlichkeit des Rechtsnehmers durch den zugelassenen Haupteid entsprechend gelöst erscheint, Zugleich wurde die Eintragung des nachstehenden Rechtssatzes in das Spruchrepertorium beschlossen: *Der dem gutgläubigen Erwerber eines bücherlichen Rechts durch den Schlusatz des §. 469 bGb. gewährte Schutz ist in dem Falle nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerb im Executionswege stattgefunden hat.*

5.

Persönliche Processkostenpflicht des sachfälligen Hypothekarschuldners.

(E. 24. Oct. 1888, Z. 10315. — III. Senat. — JMVdgbl. 395.)

Entgegen dem 1. R., welcher dem Gekl. den Ersatz der Processkosten auferlegt hatte, erkannte das OLG., dass der Gekl. lediglich schuldig sei, zu gestatten, dass Kl. bezüglich des Ersatzes der Gerichtskosten erster Instanz durch die exec. Versteigerung der für die Darlehensforderung des Kl. pfandrechtlich haftenden Liegenschaft binnen 14 Tagen bei sonstiger Execution sich zahlhaft mache. Gründe: Der Kl. führt selbst nicht an, dass der Gekl. bezüglich jener Darlehensforderung, welche Kl. mit der blossen Pfandklage zu realisiren versucht, Personalschuldner sei; es ist vielmehr unbestritten, dass sichder Klagsanspruch gegen den Gekl. nur in seiner Eigenschaft als bücherlichen Eigenthümer der Pfandrealität richtet. Als solcher hat aber der Gekl. nicht die Pfandschuld, sondern blos die Pfandlast zu tragen und bleibt seine Haftung darauf beschränkt, dass er sich den exec. Verkauf der obigen Realität zum Zwecke der Einbringung der pfandrechtlich versicherten Darleihensforderung sammt den vertragsmässigen und gesetzlich zulässigen Nebengebühren gefallen lassen muss. Zu den letzteren gehören aber gewiss auch die Processkosten, welche durch die Hypotekarklage

veranlasst wurden (§ 16 GbG.), und liegt kein Grund vor, für dieses blosse Accessorium der Hauptforderung den Gekl. strenger haftbar zu erklären, als für die Hauptforderung selbt. Dieses muss umsomehr gelten, als der Entstehungsgrund der Kostenersatzpflicht, nemlich das persönliche processrechtliche Verhältniss zwischen den beiden Streitteilen, die accessorische Natur dieser Pflicht zu alterieren nicht geeignet sein kann.

Der OGH. fand das erstr. U. aus nachstehenden Gründen wieder herzustellen: Wenn es auch richtig ist, dass der Gekl. als Hypothekarschuldner nicht die (mit Pfand bedeckte) Schuld, sondern blos die Pfandlast zu tragen hat, und der Processkostenanspruch des obsiegenden Kl. nur ein Accessorium der Hauptforderung bildet, so folgt daraus noch nicht, dass die diesem Nebenanspruche gegenüberstehende Verpflichtung in Bezug auf den Umfang der Vermögenshaftung nicht eine andere, insbesondere nicht eine erweiterte sein könne, als jene, welche der Hauptforderung entspricht. Denn der Processkostenanspruch beruht nicht auf dem gleichen Rechtsgrunde, auf welchen der Hauptanspruch gestützt wird; derselbe wurzelt im Processrechte und wird durch die Thatsache begründet, dass der Kl. im Processe obgesiegt hat. Für diesen Fall aber wird durch die Bestimmung des § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) dem Gekl. die Verbindlichkeit auferlegt, dem Kl. die Kosten der Rechtsverfolgung zu ersetzen. Die Verbindlichkeit des Gekl. in Ansehung dieses Kostenersatzes ist daher auch eine persönliche, welche neben seiner durch die Uebernahme der Pfandlast begründeten sächlichen Haftung besteht, bez. zu derselben hinzutritt.

6.

Wirkung der executiven Sequestration eines Hauses. Anspruch des Sequesters gegen den Eigentümer auf Räumung der Wohnung?

(E. 28. Aug. 1888, Z. 10.300[1] — I. Senat. — Beil. zum JMVdgsbl. 386.)

Kl., als gerichtlich bestellter Sequester eines Hauses, verlangt vom Gekl., Eigentümer desselben, die Räumung der vom letzteren benützten Wohnung, weil dieser den Zins nicht zahlt. Der Gekl. gibt die Nichtzahlung des Mietzinses zu, behauptet aber, dass er zur Räumung der Wohnung, die er kraft seines Eigentumsrechts im Besitze hat, nicht gezwungen werden könne. Dem vom 1. R. abgewiesenen Klagebegehren wurde vom OLG. stattgegeben.

Gründe: Durch die Sequestration wird eine bewegliche oder unbewegliche Sache der Innehabung und der Verwaltung desjenigen, gegen welchen diese Maassregel bewilligt wird, entzogen (§§ 292 und ff. der GO., §§ 347 und 348 bGb.) und der Verwaltung eines Dritten übergeben. Das dem Eigentümer nach §§ 354 und 362 bGb. zustehende Recht der willkürlichen Benützung der Sache wird durch die bewilligte Sequestration beschränkt und ist der Sequester, welchem nach § 296 GO. die Pflicht obliegt, die sequestrierte Sache als ein guter Hauswirt zu besorgen und die Nutzungen nach dem Gesetze und dem richterlichen Auftrage zu verwenden, auch berechtigt, falls er nicht bei Einführung in die Sequestration in die Möglichkeit, die Verwaltung zu führen, versetzt würde, oder falls der Eigentümer der Sache die Verwaltung derselben hindern sollte, die Uebergabe der Sache im Klagswege zu begehren. Der Rechtstitel für diesen Anspruch liegt allerdings nicht in der Vorschrift des § 296 GO., welche die Pflichten des Sequesters normiert, sondern in dem richterlichen Ausspruche (§ 424 bGb.), durch welchen die Sequestration bewilligt und hiedurch das Benützungsrecht des Eigentümers beschränkt wird.

Der OGH. stellte das erstr. U. in der Erwägung wieder her, dass der persönliche Gebrauch, welchen der Execut zur Zeit der Bewilligung einer Sequestration innerhalb der Grenzen des Ueblichen von der ihm gehörigen, zu sequestrierenden Sache macht, sich nicht zu den einhebbaren Früchten rechnen lässt, welche den Gegenstand einer Sequestration gemäss § 320 GO. bilden können, dass daher in der Fortsetzung dieses Gebrauchs eine Behinderung der dem Sequester obliegenden Verwaltung, gegen welche Behinderung übrigens im Falle ihres Bestands die im

---

[1] S. die oberstg. EE. bei G. U. Nr. 1484. 5843. 8726.

Executionsverfahren zu gewährende Abhilfe des Executionsgerichts anzurufen gewesen wäre, keineswegs zu erblicken ist, dass die rechtliche Grundlage für das Bewohnen des Gekl. in dem Eigentumsrechte liegt, dessen Ausübung durch eine Sequestration nicht aufgehoben, sondern nur nach Maassgabe des Gesetzes eingeschränkt wird, und dass es dem Kl. sowie den Gläubigern, in deren Interesse er handelt, an jedem privatrechtlichen Grunde zu dem erhobenen Anspruche auf Räumung der in Frage stehenden Wohnung fehlt.

7.

Zwangsvollstreckung in einen überschuldeten Nachlass nach angeordneter Gläubigerconvocation (bGb. § 813).

(E. 13. Nov. 1888, Z. 13275.)

Die vom 1. R. unter Hinweis auf die angeordnete Gläubigerconvocation abgeschlagene executive Einantwortung und Erfolglassung eines in der Verlassmasse befindlichen Sparcassebuchs wurde vom OLG. bewilligt in Erwägung, dass die §§ 813 und 815 bGb. nach ihrem Wortlaute nur freiwillige Zahlungen des Erben an einzelne Nachlassgläubiger hintanhalten, keineswegs aber die Rechte der Gläubiger in der gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche beirren sollen, und dass die nach § 813 bGb. verfügte Einberufung der Gläubiger nicht die Kraft einer Concurseröffnung, sondern nur die im § 814 bGb. bezeichnete Wirkung hat.

Der OGH. bestätigte diese E. mit Hinweisung auf deren Begründung und in der Erwägung, dass das im § 813 bGb. dem Erben eingeräumte Recht, bis zum Ablaufe der in dem Einberufungsedicte gesetzten Frist mit der Befriedigung der Verlassenschaftsgläubiger innezuhalten, nach dem Wortlaute des Paragraphen die Letzteren nicht hindert, ihre Forderungen im Processwege geltend zu machen und mittelst des Vollstreckungsverfahrens sich die Befriedigung zu verschaffen, im § 813 bGb. nur von der freiwilligen Befriedigung der Gläubiger durch den Erben, nicht aber von dem Falle die Rede ist, wo der Letztere durch gerichtlichen Zwang zur Befriedigung des Gläubigers angehalten wird, im vorliegenden Falle der Nachlass durch den aufgestellten Curator in dem gerichtlichen Vergleiche v. 3. Aug. 1888 sich verpflichtete, die eingeklagte Forderung sammt Anhang binnen drei Tagen bei Execution zu bezalen, wenn der Kl. den dort formulirten Haupteid ablegt, welcher Eid bei der Tagsatzung am 23. Aug. 1888 auch abgelegt wurde.

B. Handels- und Wechselrecht.

8.

Begründung des Anspruchs gegen den Verkäufer auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Voraussetzung des Anspruchs auf die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem möglichen Erlöse: Nachweis einer Differenz zwischen dem Kauf- und dem Marktpreise oder der Unmöglichkeit der anderweiten Anschaffung der Waare.

Vgl. Bd. VI Nr. 363.

(E. 6. April 1888, Z. 3832.)

Die Entschädigungsklage wurde vom 1. R. abgewiesen, vom OLG. zugelassen. Der OGH. bestätigte das erstr. U. Gründe: Mit Recht wurde in den o. g. E.-Gründen die in dem Schlussbriefe vom 26. Dec. 1882 ertheilte Zusicherung hervorgehoben, dass die an den Kl. zu liefernde Waare mindestens 70.000 Kilo betragen werde. Den sprechendsten Beleg dafür, dass nach der Intention der Parteien mehr Gewicht auf die Quantität als auf das Jahr der Erzeugung zu legen sei, liefert, abgesehen von den augenfälligen Bedürfnissen, welche Lieferungs-

verträgen der hier in Frage stehenden Art zugrunde liegen, der Umstand, dass die erste Lieferung aus einer Waare bestand, welche vor dem im Schlussbriefe bezeichneten Jahre 1883 erzeugt worden ist. Unbestritten ist es, dass dem Kl. die zugesicherte Quantität nicht geliefert worden ist und dass der Rückstand, welcher auf den in der Klage besprochenen Zeitraum verhältnismässig entfällt, 13.042·5 Kilo beträgt. Angesichts der wiederholt abgegebenen und auch im Processe festgehaltenen Erklärungen, dass sie ihr ganzes Erzeugnis abgeliefert habe und dass sie nicht mehr zu erzeugen vermochte, als von ihr abgeliefert wurde, kann von einer Verpflichtung des Kl. zur Gewährung einer Nachfrist nicht die Rede sein. Da das Jahr, dessen Erzeugnis den Gegenstand des Lieferungsvertrags bildete, zur Zeit der Klage bereits verstrichen war, so fehlt auch jeder Anlass, die Tragweite der dem Kl. ertheilten Zusicherung einer möglichst gleichmässigen Lieferung zu untersuchen. Nicht zu bezweifeln ist es daher, dass die gekl. Firma verpflichtet sei, für den Fall, als der Kl. durch die eingetretene Verletzung des Vertrags einen Schaden erlitt, diesen zu ersetzen. Der Kl. beschränkt sich darauf, um seine Behauptung, dass er einen Schaden erlitten habe, zu begründen, auf den mit A geschlossenen Vertrag hinzuweisen. Aus dem bei der Inrotulierung der Acten ausdrücklich als echt anerkannten Schlussbriefe des A vom 14. Dec. 1882, sowie aus dem Briefe vom 5. Jan. 1883, dessen Echtheit nicht ausdrücklich bestritten wurde, im Zusammenhange mit der ergänzenden Zeugenaussage des A ergibt sich allerdings, dass der Kl. in der Lage war, bei Einhaltung der mit A vereinbarten Bestimmungen, das ihm zu liefernde Rohbenzol bis zur Höhe von 70.000 Kilo Brutto um einen bestimmten Preis, der ihm einen erheblichen Gewinn sicherte, absetzen zu können. Nach dem Inhalte des eben erwähnten Schlussbriefs, sowie nach der Aussage des A ist es aber augenscheinlich, dass der Kl. in dem Bezuge des an A zu liefernden Oels in keiner Weise beschränkt und durch nichts verpflichtet war, an A dasjenige Oel zu liefern, das er von der gekl. Firma zu beziehen hatte. Die Vertragswidrigkeit, welche der gekl. Firma zur Last fällt, liesse sich daher nur dann damit in einen Causalzusammenhang bringen, dass der Kl. das ihm durch die Verbindung mit A gebotene günstige Absatzverhältnis nicht ausgenützt hat, wenn der Kl. durch besondere Verkehrsverhältnisse oder durch andere Umstände gehindert worden wäre, sich das erforderliche Oel, welches eine gewöhnliche Handelswaare ist, die einen Marktpreis hat, anderweitig zu verschaffen. Den Beweis einer derartigen Behinderung hat der Kl. nicht geliefert. In den vom Kl. vorgelegten ablehnenden Antworten liesse sich, abgesehen davon, dass sich der Kl. zum Theile nicht an Producenten, sondern an Consumenten gewendet hatte und dass es an der Kenntnis der zur Würdigung einiger Antworten erforderlichen Anfragen fehlt, der dem Kl. obliegende Beweis schon darum nicht erblicken, weil der Kl. nicht einmal behauptet, versucht zu haben, sich die Waare aus England, dessen Verkehr für die Bildung des Marktpreises masgebend ist, zu verschaffen, und weil die Unterlassung dieses Versuchs gänzlich unaufgeklärt blieb. Sieht man aber von dem Absatzverhältnisse A ab, welches nach den vorstehenden Erwägungen nicht als entscheidend anzusehen ist und bei dessen Würdigung übrigens der Unterschied zwischen einer Nettolieferung und einer Brutto-Lieferung, sowie der Umstand, dass der Kl. die letzte von der gekl. Firma geleistete Lieferung an A nicht abgesetzt hat, nicht unbeachtet bleiben könnte, so liesse sich die Frage, ob der Kl. einen Schaden erlitten hat, nur auf Grund des Verhältnisses des Marktpreises zu dem Preise beurteilen, welchen der Kl. an die gekl. Firma zu bezahlen hatte. Augenscheinlich ist es, dass diese Frage nur dann zu bejahen wäre, wenn der Marktpreis eine solche Höhe behalten hätte, welche dem Kl. für den Fall der Veräusserung der von der gekl. Firma zu liefernden Waare einen Gewinn, für den Fall anderweitiger Anschaffung aber die Notwendigkeit eines grösseren Aufwands in Aussicht stellte. Der Kl. hat es nicht nur unterlassen, über die Höhe des Marktpreises eine Behauptung aufzustellen, welche die Annahme seiner Beschädigung zu unterstützen vermöchte, sondern in seinen Briefen zu erkennen gegeben, dass der Marktpreis in einer so erheblichen Weise gesunken ist, welche mit der Annahme seiner Beschädigung geradezu unvereinbar erscheint. Da es an dem Beweise eines erlittenen Schadens gänzlich fehlt, so kann der vom Kl. erhobene Ersatzanspruch nicht als berechtigt erkannt werden.

9.

Handelsgewerblicher Charakter des durch den Selbsteintritt des Commissionärs in einen Verkaufsauftrag zustande gekommenen Kaufgeschäfts? Unzuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage aus einem solchen Geschäfte.

(E. 12. Juli 1888, Z. 7172.)

Der OGH. bestätigte das der Einwendung der Incompetenz des vor das HG. belangten Commissionärs stattgebende erstr. U. mit folgender Begründung: Aus der den Streitacten beiliegenden Correspondenz und aus den Zugeständnissen des Kl. selbst geht hervor, dass die in Frage stehenden Waaren dem Gekl. nicht, wie in der Klage angegeben wird, zum Zwecke der Weiterveräusserung verkauft worden waren, sondern dass Kl. dieselben dem Gekl. in Commission zum Zwecke des Verkaufs übersendet hat. Im vorliegenden Falle handelt es sich daher um eine aus dem Commissionsgeschäfte entspringende Frage, rücksichtlich welcher das Handelsgericht nicht zuständig ist, weil der Bekl. kein im Handelsregister protokollirter Kaufmann ist (§ 38/2 des EinfG. z. Hgb.). In dieser Hinsicht ist von keinem Einflusse die Bestimmung des letzten Absatzes des Art. 376 Hgb., weil, wenn auch der daselbst vorgesehene Fall sich ereignet hätte, das in Rede stehende Geschäft seinen ursprünglichen Charakter nicht geändert hätte, sondern immer ein Commissionsgeschäft geblieben wäre.

10.

Gerichtsstand für die Bereicherungsklage aus einem verjährten Wechsel: Unerheblichkeit des in dem Wechsel angegebenen Zahlungsorts für denselben.[1]

(E. 26. Jän. 1888, Z. 297.)

Der vom 1. R. zurückgewiesenen Einwendung der Incompetenz wurde vom OLG. stattgegeben. Gründe: Denn auf den Umstand, dass in dem Wechsel bei dem Namen der Bezogenen Prag angegeben ist und sonach dieser Ort im Sinne des Art. 4 Abs. 8 WO. als Zahlungsort für den Wechsel gelte, vermag sich Kl. nicht mit Erfolg zu berufen, weil der erwähnte Wechsel zugestandenermaassen verjährt ist, durch die Verjährung aber die Wechselforderung sammt allen ihren Accessorien, daher auch dem für dieselbe stipulirten Zahlungsorte und dadurch begründeten Gerichtsstande erloschen ist und für den im Art. 83 WO. statuierten Anspruch nicht die Accessorien der Wechselforderung in Betracht kommen, da derselbe ein selbständiger ist und nicht auf dem Titel des Vertrags, sondern des Gesetzes beruht. Dass im Falle der Verjährung mit der Forderung auch ihre Accessorien erlöschen, ergibt sich aus der Erwägung, dass letztere durch die rechtliche Existenz der Forderung bedingt sind und ohne dieselbe nicht bestehen können. Für den dem Inhaber eines verjährten Wechsels im Art. 83 WO. eingeräumten Anspruch kann daher nicht die für die Wechselforderung begründet gewesene Gerichtszuständigkeit maassgebend sein, sondern kommen für denselben nur die allgemeinen Vorschriften über die Competenz zur Anwendung und tritt die Regel des § 13 JN. ein, wonach die Klage bei demjenigen Gerichte anzubringen ist, in dessen Sprengel der Gekl. zur Zeit der Anbringung der Klage seinen ordentlichen Wohnsitz hat. Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus den derselben beigefügten Gründen und in der weiteren Erwägung, dass nach verjährtem Wechselrechte die Klage auf Zahlung wegen Bereicherung sich als eine gemeinrechtliche Klage darstellt, welche beim Personalgerichtsstande des Schuldners anzubringen ist.

---

[1] Vgl. dagegen die bei Geller Oesterr. Justizgesetze (3. Aufl.) II. WO. Art. 83[24] mitgetheilten entgegengesetzten EE.



C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

11.

Gerichtszuständigkeit zur Amortisirung von Kuxscheinen.

(E. 24. Oct. 1888, Z. 12516. — V. Senat. — JMVdgbl. 396.)

Das bei dem KG. P. eingereichte Gesuch des A um Einleitung der Amortisirung von angeblich in Verlust gerathenen Kuxscheinen der n.-ö. Kohlengewerkschaft wurde wegen Unzuständigkeit abgewiesen, weil Kuxscheine weder zu den im § 32 JN. aufgeführten Staatsobligationen und den ihnen gleichgeachteten Creditspapieren, noch zu den im Ges. v. 3. Mai 1868 (RGB. 36) bezeichneten Wertpapieren gehören, sondern vornehmlich zur Legitimation des Gewerks dienen. Dieser Bescheid wurde, unter Abweisung des dawider überreichten Recurses, vom OLG. aus den erstr. Gründen, sowie in der weiteren Erwägung bestätigt, dass nach den Bestimmungen des allg. österr. Berggesetzes v. 23. Mai 1854, wie insbesondere aus § 137 dieses Gesetzes und § 85 der Vollzugsvorschrift hervorgeht, zur Errichtung einer Gewerkschaft die staatliche Bewilligung nicht erforderlich ist, daher die in Rede stehende n.-ö. Kohlengewerkschaft keineswegs den im § 1 des Ges. v. 3. Mai 1868 (RGB. 36) bezeichneten Unternehmungen beigezählt werden kann und somit zur Einleitung des Amortisirungsverfahrens bezüglich der im Gesuche erwähnten Kuxscheine der GH. nicht zuständig erscheint (§ 32, Abs. 2, JN.).

Der OGH. fand dem a. o. Revisionsrecurse des A stattzugeben, die untergerichtlichen EE. abzuändern, bez. aufzuheben und dem KG. P. in dessen Eigenschaft als allgemeinem Gerichte aufzutragen, das Gesuch des A um Einleitung der Amortisirung von Kuxscheinen der meritorischen Erledigung zu unterziehen, weil ein Kuxschein allerdings, wie aus § 140 des allg. Berggesetzes erhellt, als ein der Actie vergleichbares Wertpapier anzusehen ist, weil eine Gewerkschaft auch zu denjenigen Unternehmungen gehört, deren Entstehung von der staatlichen Genehmigung abhängt (§ 137 allg. BergG.) und welche der staatlichen Aufsicht unterliegen (§§ 144, 145, 148, 149 allg. BergG.), weil daher die Zuständigkeit zur Amortisirung eines Kuxscheins nach § 1 des Ges. v. 3. Mai 1868 (RGB. 36) zu beurteilen ist; weil bei dem Umstande, als die Kuxscheine nicht von der Gewerkschaft, sondern von der das Gewerkenbuch führenden Bergbehörde ausgefertigt werden, der Sitz dieser Behörde als für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit maassgebend erscheint, weil zwar die Amortisirung nicht zu den der Berggerichtsbarkeit zugewiesenen Angelegenheiten gehört, weil aber das KG. P. in seiner Eigenschaft als allgemeines Gericht mit Rücksicht auf den Sitz des Revierbergamts, dessen, Gewerkenbuch hier in Betracht zu ziehen ist, zur Erledigung des vorliegenden Gesuchs zuständig ist.

12.

Legitimation des Curator absentis zur Erbserklärung für den Curanden vor Ablauf der Edictalfrist? (Pat. 9. Aug. 1854 § 131.)

(E. 17. Febr. 1888, Z. 1735.)

Die von dem für den verschollenen A bestellten Curator eingebrachte Erbserklärung wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OLG. aus folgenden höchstrichterlich gebilligten Erwägungen: in der Erwägung nemlich, dass der § 131 des kais. Pat. vom 9. August 1854 die Vorsorge für einen Erben, dessen Person zwar bekannt, dessen Aufenthalt aber unbekannt ist, vollständig regelt, wonach ein Zurückgreifen auf die Bestimmungen des bGb. über die Rechte und nach den §§ 269 und 270 für einen Abwesenden bestellten Curators ausgeschlossen ist, insoweit aber die Ingerenz des Curators gegenüber einem Nachlasse, zu welchem der Abwesende mitberufen ist, in Frage kommt; dass der citirte § 131, wie gerade das hiezu gehörig kundgemachte Formular dartut, keineswegs nur auf den Fall, wenn der Abwesende als Alleinerbe berufen ist, anzuwenden ist; dass im Gesetze offenbar auch die Möglichkeit der Ausschlagung der Erbschaft von Seite des einberufenen Erben vorgesehen werden wollte, einer solchen Ausschlagung

aber im Falle der Annahme der Erbserklärung des Curators vor dem Ablaufe der Edictalfrist nach § 806 bGb. keine Wirkung beigemessen werden könnte; endlich dass kein Grund vorliegt, dem Wirkungskreise des Curators bei der Nachlassabhandlung eine andere Grundlage als jene des citierten § 131 zu unterlegen.

13.

Vertheilung der Parteirollen für die Erbrechtsklage bei widerstreitenden Erbserklärungen der Intestat-Erbprätendenten und jener aus einem festgestellten mündlichen Testamente.

(E. 19. Sept. 1888, Z. 10941.)

Auf den a. o. Recurs des in den Vorinstanzen mit der Klägerrolle bedachten Testamentserben fand der OGH. in der Erwägung, dass nach § 126 des k. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) beim Vorhandensein widersprechender Erbserklärungen, derjenige, der sich auf die gesetzliche Erbfolge beruft, gegen den Testamentserben in dem Falle als Kläger aufzutreten hat, wenn der Letztere sein Erbrecht auf eine in der gehörigen Form errichtete und hinsichtlich ihrer Echtheit unbestrittene letzte Willenserklärung stützt; dass, wenn das Gesetz hiebei eine in gehöriger Form errichtete letztwillige Anordnung voraussetzt, es nur die vom Gesetze vorgeschriebenen äusseren Förmlichkeiten vor Augen haben konnte, welche allein im ausserstreitigen Wege zu beurteilen sind; dass nach den beschworenen Aussagen der drei Testamentszeugen der Erblasser M in ihrer gleichzeitigen Gegenwart seinen letzten Willen dahin äusserte, dass sein Vetter G, gegenwärtiger Revisionswerber, sein Universalerbe sein sollte; dass die sich auf die gesetzliche Erbfolge berufenden Brüder J und B die Echtheit der vom Erblasser hinterlassenen letztwilligen Anordnung nicht bestritten haben; dass somit alle jene Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen nach dem obcitirten § 126 des Abhandlungspatents der gesetzliche Erbe gegen den testamentarischen Erben als Kläger aufzutreten hat; dass die Entscheidung der Frage, ob die in Rede stehende letztwillige Anordnung des M giltig sei oder nicht, nicht im ausserstreitigen, sondern nur im ordentlichen streitigen Verfahren erfolgen kann; dass demnach die angef. gleichförmigen unterger. EE. offenbar gegen das Gesetz verstossen, — nach Zulass des § 16 des Pat. vom 9. Aug. 1854 in Abänderung der unterger. EE. zu erkennen, dass die aus dem Gesetze erbserklärten erblasserischen Brüder gegen den Testamentserben die Klage auf Ungiltigkeit des von diesem als Grundlage seines Erbrechts angeführten Testaments binnen sechs Wochen nach Zustellung dieser E. so gewiss anzubringen haben, als widrigens mit der Verlassabhandlung ohne Rücksicht auf ihre Erbansprüche vorgegangen werden würde.

14.

Voraussetzung für die Sequestration für einen Miterben gegen den anderen.

(E. 16. Oct. 1888, Z. 12.118.)

Zum Nachlasse der M hatte sich deren Gatte A zu drei Viertel und deren Schwester B zu einem Viertel erbserklärt. Da Ersterer gegen Letztere drei Processe auf Anerkennung der Nichtzugehörigkeit verschiedener Fahrnisse zum Nachlasse der M anhängig gemacht hatte, verzögerte sich die Beendigung der Verlassabhandlung. Deshalb stellte die erbserklärte Schwester das Begehren um Bewilligung der Sequestration des Nachlasses, um auf diese Weise Einsicht in die vom Witwer geführte Verwaltung zu bekommen. Die vom 1. R. bewilligte Sequestration wurde vom OLG. abgeschlagen „in der Erwägung, dass eine Sequestration des Nachlasses gemäss § 127 des kais. Pat. vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208) das Vorhandensein widersprechender Erklärungen voraussetzt; dass dies hier nicht zutrifft, die Sequestrationswerberin vielmehr das Erbrecht des erblasserischen Witwers vollkommen anerkennt, dass es der B, wenn sie gegen ihren Miterben A einen Anspruch auf Einsicht in dessen Verwaltung des Nachlasses nach M oder auf eine bezügliche Rechnungslegung zu haben vermeint,

unbenommen bleibt, diesem Anspruche auf dem Rechtswege Geltung zu verschaffen; dass daher das gestellte Sequestrationsbegehren der B gesetzlich unbegründet und eine Vernehmung des A über dasselbe deshalb nicht nötig erscheint, weil sich der Letztere hierüber bereits im Recurse, auf dessen allfällige neue Angaben gemäss § 10 Verlass.-Pat. Bedacht zu nehmen ist, geäussert hat."

Der OGH. bestätigte die o. g. E. unter Hinweisung auf deren gesetzliche Begründung.

D. Civilprocess.

15.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Zuständigkeit der Gerichte für Klagen wegen im Auftrage einer Behörde erfolgter Störung im Besitze eines Privatrechts.

(E. 11. Jän. 1888, Z. 14497 ex 1887.)

Das der Besitzstörungsklage stattgebende erstr. E. wurde vom OLG. aufgehoben und die Rückstellung der Klage als zum gerichtlichen Verfahren nicht geeignet aufgetragen. Denn es gestehen die Kl. zu, dass die Schulgemeinde zu R, Eigentümerin des neben der Schule gelegenen Brunnens ist; sie gestehen ferner zu, dass der Ortschulrat zu R in der Sitzung vom 14. Aug. 1887 den Beschluss fasste, für den Brunnen ein neues Schloss zu kaufen und den Schlüssel hiezu im Schulgebäude aufzubewahren, von wo die Wasserbezugsberechtigten denselben im Bedarfsfalle zu holen haben. Die Kl. gestehen auch ferner zu, dass der Gekl. vom Ortsschulrate angewiesen wurde, jenes neue Schloss zu kaufen. Wenn nun der Gekl. am 20. Sept. 1887 dieses neu angekaufte Schloss an dem Brunnen anbrachte, den letzteren absperrte und den Schlüssel im Schulgebäude aufbewahrte, so ist es eben keinem Zweifel unterworfen, dass der Gekl. nur im Auftrage des Ortsschulrats diese Handlung vornahm. Der Ortsschulrat aber ist, wie sich aus dem Gesetze vom 12. Oct. 1870 (LGB. 51 für NOe.) betreffend die Schulaufsicht, ergibt, in den in diesem Gesetze bestimmten Fällen eine Verwaltungsbehörde, und muss auch der vorerwähnte Beschluss des Ortsschulrats vom 14. Aug. 1887 als eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde angesehen werden, weil der Ortsschulrat nach dem vorcitirten Gesetze berufen ist, die zur Schule gehörigen Objecte zu beaufsichtigen. Gegen Beschlüsse und Verfügungen einer Verwaltungsbehörde steht aber nur die Beschwerde im politischen Wege offen. Es ist daher die vorliegende Klage zu einem gerichtlichen Verfahren nicht geeignet und daher die Rückstellung derselben an die Kl. zu verordnen.

Dem Revisionsrecurse der Kl. stattgebend, fand der OGH. die o. g. E. zu beheben und dem OLG. aufzutragen, über den Appellationsrecurs des Gekl. nunmehr in der Sache selbst zu entscheiden. Denn, wenn immerhin die in Rede stehende Absperrung des Brunnens auf Grund eines Beschlusses des Ortsschulrats erfolgte, so sind doch zur Entscheidung der Frage, ob hierin eine Besitzstörung gelegen sei, nur die Gerichte berufen, weil die Kl. behaupten, dass ihnen das Recht, aus dem Brunnen ohne alle Einschränkung das Wasser zu beziehen, aus einem privatrechtlichen Titel zustehe, sonach ein Eingriff in ihre Privatrechte vorliege; weil ferner die dem Ortsschulrate zustehende Aufsicht über das Schulgebäude und die zu demselben gehörigen Objecte nur unbeschadet der Privatrechte Dritter ausgeübt werden kann; zur Entscheidung der Frage aber, ob ein Privatrecht verletzt wurde, nur die Gerichte competent sind.

16.

1. Geltung des durch einen Facturenvermerk begründeten forum contractus trotz der Zurückweisung der Waare.* — 2. Erheblichkeit örtlicher Gewohnheiten hinsichtlich des Zahlungsorts für den Gerichtsstand.**

* Vgl. Bd. II Nr. 425; Bd. VI Nr. 290. — ** Vgl. Bd. VI Nr. 289.

(E. 27. Juni 1888, Z. 7444.)

Die vom 1. R. zurückgewiesene Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstands wurden vom OLG. zugelassen. Gründe: Die Einleitung des Verfahrens gegen den in Prag wohnhaften Gekl. bei dem BG. Skotschau beruht auf der in der Klage angeführten Behauptung, der Kl. habe über Bestellung des Gekl. aus seiner Fabrik in Skotschau 4 Stück schwarze Palmerston demselben per Bahn eingesendet und am selben Tage auch brieflich die Facturarechnung ihm eingeschickt, in welcher er Skotschau als Zahlungsort bezeichnete, ohne dass der Gekl. dagegen eine Einwendung erhoben hätte. Nachdem der Gekl. die Einwendung der Incompetenz des BG. Skotschau zur Entscheidung dieser Rechtssache rechtzeitig erhoben hat, so ist vor der meritalen Prüfung dieser Streitsache zunächst zu entscheiden, ob die ersterwähnte Einwendung begründet sei oder nicht. Welches Gericht zur Entscheidung einer Streitsache berufen ist, bestimmt die JN., nach welcher zur Begründung des hier angerufenen Gerichtsstands des Vertrags nach § 43 JN. die beiderseitige Zustimmung der vertragschliessenden Teile gehört, welche aber nicht blos ausdrücklich, sondern auch nach § 863 bGb. durch concludente Handlungen, als was die klagende Firma die unbeanständete Annahme der mit dem Vermerke „zahlbar in Skotschau" versehenen Factura mit Recht bezeichnet, geschehen kann. Nachdem jedoch, wie in dieser Rechtssache unbestritten ist, der Gekl. die ihm zugekommene Waare nicht annahm und dem Kl. rechtzeitig zur Disposition stellte, daher überhaupt diesem Vertrage die Zustimmung zu erteilen sich weigert, so kann, wenn auch in dem Schreiben vom 4. August 1885 nicht auch noch separat gegen die Bezeichnung des Zahlungsorts Skotschau remonstrirt wurde, weil durch die Nichtgenehmigung des ganzen Vertrags auch die einzelnen Bedingungen und speciell auch die über den Zahlungsort abgelehnt erscheinen und weil rücksichtlich einer retournirten Waare die Vermutung, selbe an einem bestimmten Orte zahlen zu wollen, gar nicht platzgreife, nicht gesagt werden, dass der Gekl. sich auf die in der Kl. angeführte Art dem Gerichtsstande des BG. Skotschau unterworfen habe. Aber auch die vom Kl. erst in der Schlusschrift, u. z. in Erwiderung auf die Ausführung des Gekl., dass er gar nicht berechtigt war, die Factura auf „zahlbar in Skotschau" auszustellen, weil er in dem Offerte vom 2. Mai 1885 ihm die Verkaufsbedingungen stellte, unter diesen aber die obige nicht enthalten war, vorgebrachte Behauptung, dass es in der Tuchbranche selbstverständlich und usuell ist, dass die Zalung loco Fabrik oder Niederlassung des Verkäufers erfolge, ist nicht geeignet, diese Competenz aufrecht zu erhalten, weil aus den Bestimmungen des § 41 des EinfG. z. Hgb. dann der Art. 1 und 325 Hgb. klar hervorgeht, dass die Vorschriften der JN. und namentlich des § 43 über die Begründung des Gerichtsstands des Vertrags allein bei Beurteilung der Gerichtszuständigkeit massgebend sind, übrigens vorliegend Kl. dadurch, dass er der Factura den Vermerk „zahlbar in Skotschau" beisetzte, auch an den Tag legte, dass er bei diesem Geschäfte den Bestand eines Handelsgebrauchs gar nicht vor Augen hatte und daher durch denselben die Competenz zu begründen nicht beabsichtigen konnte. Wenn aber der erste Richter die Competenz des BG. auch auf Grund der Behauptung des Gekl., dass Kl. ihm in Bielitz bei Besichtigung der Waare erklärt habe, er werde ihm die Waare von Skotschau zusenden und es sei so Skotschau der vertragsmässige Lieferungsort geworden, folgern zu können vermeint, so ist dies schon deshalb nicht richtig, weil der Kl. selbst diese Behauptung widersprochen und den ihm darüber aufgetragenen Haupteid angenommen hat, daher die Existenz eines vertragsmässigen Lieferungsorts nicht anerkennt und auch nicht behauptet und es Sache des Kl. ist, die zur Begründung der Competenz des angerufenen Gerichts dienlichen Tatsachen anzuführen, übrigens auch nach § 324 und 325 Hgb. der Lieferungsort des Käufers nicht für

den Käufer den Zahlungsort schon begründet, sondern hiezu wieder die Voraussetzungen des Art. 43 JN. zutreten müssen, die eben hier nicht vorhanden sind.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Der Gekl. gibt zu, dass er über die in der Kl. bezeichnete Waarensendung eine den Beisatz: „zahlbar in Skotschau“ enthaltende Factura zugeschickt erhalten hat, und begründet die von ihm erhobene Einwendung der Incompetenz damit, dass er gleich nach Erhalt der Waare mit seinem Briefe vom 4. August 1885 die Sendung beanständet und dem Kl. zur Disposition gestellt habe, wodurch — nach seiner Ansicht — auch gegen die auf die Sendung der Waare sich beziehende Factura im Ganzen, somit auch gegen die darin enthaltene Bedingung der Zahlbarkeit des Kaufpreises in Skotschau, Anstand erhoben wurde. Da zwischen ihm und dem Kl. thatsächlich ein Lieferungsvertrag zustande gekommen ist, und da es sich nur darum handelt, ob Kl. daraus Vertragsrechte beanspruchen kann; da ferner bei der Eingehung des Vertrags über den Ort der Erfüllung eine besondere Bestimmung nicht getroffen wurde; da die Frage, ob Gekl. die zugesandte Waare zur Disposition stellen konnte, der meritorischen Entscheidung vorzubehalten ist; so muss daraus, dass er die am nemlichen Tage ihm hierüber zugesendete Factura, worin die Zahlung in Skotschau gefordert wird, nicht speciell beanständet, vielmehr behalten hat, gefolgert werden, dass er sich diesem Antrage gefügt hat, wornach die Competenz des BG. gegründet erscheint, wobei übrigens nicht unbeachtet bleiben kann, dass auch die Sachverständigen bestätigt haben, dass es beim Tuchgeschäfte usuell ist, die Zahlung loco Fabrik oder Niederlassung des Verkäufers zu leisten.

17.

Forum der Verbots-Rechtfertigungsklage aus einem Wechsel.

(E. 11. Sept. 1888, Z. 10.801.)

Der von dem Kaufmann A in Wien wider die Handelsfirma B in Constantinopel, zu Handen eines Curators, wegen Auflage zur Zahlung eines Wechselbetrags per 990 M. 53 Pf. auf den gezogenen eigenen Wechsel ddto. Viersen, 2. Dec. 1887, zahlbar am 2. April 1888 in Contsantinopel, bei dem HG. in Wien angebrachte Klage wurde in den Vorinstanzen wegen Incompetenz des Gerichts unter Hinweis „auf § 1 WO.“ abgewiesen, „weil § 46 der JN., sowie die MVdg. vom 19. Juni 1855 (RGB. 106) auf die Klage, welche keine Verbotsrechtfertigungsklage ist, keine Anwendung finden“.

Dem dawider überreichten a. o. Revisionsrecurse stattgebend, fand der OGH. mit Aufhebung der unterger. Bescheide dem 1. R. die gesetzliche Erledigung der angebrachten Klage unter Beseitigung des gebrauchten Abweisungsgrundes zu verordnen, wobei er erwog, dass in der vorliegenden Klage ausdrücklich angeführt ist, dass sie zur Rechtfertigung des von dem st.-del. BG. Leopoldstadt in Wien bewilligten Verbots angebracht wurde, und dass mit Rücksicht hierauf der Fall einer offenbaren Incompetenz des HG. in Wien zur Annahme dieser Klage nach § 46 JN. und MVdg. vom 19. Juni 1855 (RGB. 106) nicht als vorhanden angesehen werden kann.

18.

Cautionspflicht bei der Oppositionsklage.

(E. 9. Oct. 1888, Z. 11.923.)

Der erstr. Auftrag an den Kl. zur Bestellung einer Klagscaution wurde vom OLG. behoben in der Erwägung, dass die Verpflichtung zur Leistung der actorischen Caution gemäss § 406 aGO. nur beim Einbringen der ersten Klage eintritt, die im zweiten Abs. des Hfd. v. 22. Juni 1836 (JGS. 145) normirte Klage aber offenbar nicht als erste Klage im Sinne der citirten Gesetzesstelle angesehen werden kann, dieselbe und bez. die darüber eingeleitete Verhandlung vielmehr als ein Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Execution erscheint.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her in der Erwägung, dass über die Oppositionsklage, so wie über jede andere Klage zu verhandeln ist und

dass sich dieselbe im Oppositionsprocesse als erste Klage im Sinne des § 406 aGO. darstellt.

19.

Art der Sanction der durch Urteil auferlegten Verpflichtung zur Bereinigung eines Grundstücks: Einräumung des Anspruchs auf Sicherstellung.

(E. 31. Oct. 1888, Z. 4606.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Kl. auf Abtrennung einer Parcelle vom Besitzstande der Liegenschaft des Gekl., Uebertragung derselben auf die Kl. und Veranlassung der Löschung der auf derselben haftenden Lasten wurde vom OLG. stattgegeben unter Androhung der Execution schlechthin. Der OGH. bestätigte das o. g. U. mit der Einschränkung, dass, wenn der Gekl. der ihm auferlegten Verpflichtung zur Herbeiführung der Entlastung des Streitgegenstands innerhalb der bestimmten Frist nicht nachkommt, die Kl. berechtigt sein sollen, Sicherstellung für denjenigen Schaden zu begehren, den sie im Falle einer Executionsführung erleiden können, welche zum Zwecke der Geltendmachung der auf dem Streitgegenstande haftenden bücherlichen Rechte stattfinden sollte, wobei erwogen wurde, dass die Hinweisung auf die o. g. Begründung zur Widerlegung der Ausführungen der Beschwerde genügt, dass aber die Vollstreckbarkeit der dem Gekl. bezüglich der Entlastung des Streitgegenstands auferlegten Verpflichtung zu prüfen war, obgleich die gegen den ganzen Inhalt des o. g. U. gerichtete Revisionsbeschwerde eine besondere Anfechtung hierüber nicht enthält, dass die Androhung der allgemeinen Executionsbestimmungen im vorliegenden Falle nicht als zutreffend angesehen werden kann, da die Erfüllung und insbesondere die pünktliche Erfüllung der hier in Frage stehenden Verpflichtung nicht allein von dem Willen und der Thätigkeit des Gekl. abhängt, und da überhaupt die Verpflichtung zur Entlastung des Streitgegenstands nicht zur Verpflichtung ausgedehnt werden könnte, die auf dem Streitgegenstande simultan haftenden Lasten vollständig zu tilgen, dass die dem Gekl. auferlegte Verpflichtung nicht ohne Sanction gelassen werden kann, dass diese Sanction bei der Unanwendbarkeit der allgemeinen Executionsbestimmungen und bei dem Ausschlusse der Möglichkeit, einen directen Zwang auf die beteiligten Dritten auszuüben, der Natur des zwischen den Streitteilen bestehenden Verhältnisses anzupassen ist, dass der Gekl. zweifellos verpflichtet erscheint, die Kl. bezüglich der Folgen der Belastung des Streitgegenstands klaglos zu stellen, dass nach der Beschaffenheit der zur Zeit auf dem Streitgegenstande haftenden Lasten eine nachteilige Folge für die Kl. nur im Falle des Zugriffs eines Realgläubigers auf den Streitgegenstand zu besorgen ist, dass die Kl. nicht der Gefahr ausgesetzt bleiben dürfen, die Befriedigung ihres Ersatzanspruchs, welcher in einem solchen Falle entstehen sollte, in Frage gestellt zu sehen, und dass sich hieraus die Verpflichtung des Gekl. zur Sicherstellung für den Fall des Eintretens derartiger Ersatzansprüche ergibt.

20.

Einfluss eines im Appellationszuge ergangenen Beiurteils auf die vorausgängige Sicherstellung der Gerichtskosten.[1]

(E. 28. Nov. 1888, Z. 13849.[1] — II. Senat. — JMVdgbl. 399.)

In schriftlich verhandelter Rechtssache wegen Eigentumsanerkennung erlegte Kl. über Ansuchen des Gekl. am 27. Oct. 1886 eine actorische Caution von 60 fl., und durch U. v. 11. Mai 1888 mit ihrem Klagebegehren abgewiesen und in den Ersatz der Gerichtskosten von 338 fl. 40 kr. verfällt, am 7. Juni 1888 zur Sicherstellung dieser Gerichtskosten aus eigenem Anlasse weitere 300 fl. Ueber ihre Appellation wurde das erstr. U. abgeändert und in dem o. g. Beiurteile v. 24. Juli 1888 die Durchführung der Zeugenbeweise angeordnet, worauf Kl. mit Gesuch v. 9. Aug. 1888 um die Erfolglassung des von ihr erlegten zweiten

[1] Vergleiche unter anderen die oberstger. EE. v. 9. Juli 1868, 14. Juni 1881, 10. Aug. 1881, 28. Nov. 1882, G. U. 4393. 8424. 8469. 9201. Geller Justizgesetze (3. Aufl.) IV GO. § 259[17].

Betrags von 300 fl. bat. Diese Erfolglassung wurde nach gepflogener Einvernahme beider Teile in der Erwägung bewilligt, dass Kl. den Betrag von 300 fl. ausdrücklich zur Sicherstellung der kraft U. v. 11. Mai 1888 mit 388 fl. 40 kr. bestimmten Gerichtskosten freiwillig erlegt hat, dass dieses U. abgeändert, die Durchführung von Zeugenbeweisen verordnet, und die Gerichtskostenfrage dem Endurteile vorbehalten wurde, gegen welche Verfügung ein weiterer Rechtszug nicht offen steht; dass daher die mit dem erstr. U. ausgesprochene Entscheidung über die Gerichtskosten nicht mehr zu Recht besteht; dass weiters die Kl. über Anlagen des Gekl. bereits früher eine actorische Caution von 60 fl. zur Sicherstellung der gegnerischen Gerichtskosten erlegt hat und es dem Gekl. stets offen stehe, gemäss § 408 aGO. eine mehrere Sicherheit, wenn er selbe für nötig erachten sollte, zu begehren.

Das OLG. änderte den erstr. Bescheid dahin ab, dass Kl. mit ihrem Gesuche um Erfolglassung des Betrags von 300 fl. abgewiesen wurde, weil die auf Grund des erstr. U. im Sinne des § 259 aGO. von der Kl. für die in diesem U. dem Gekl. zuerkannten Gerichtskosten geleistete Sicherstellung bis zur endgiltigen Entscheidung umsoweniger berührt werden könne, als nach § 261 aGO. eine solche Vorkehrung selbst in dem Falle, wenn im Appellationszuge eine meritale Abänderung des erstr. U. erfolgt, während der Revision unabgeändert zu bleiben hat und dem Obsiegenden nur das Recht auf Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens zusteht.

Der OGH. fand die angef. Verordnung abzuändern und den erstr. Bescheid wiederherzustellen, weil die Bestimmung des § 261 aGO., nach welcher eine während des Appellationszugs bestellte Sicherstellung auch für die Dauer des Revisonszugs aufrecht zu halten ist, im vorliegenden Falle nicht anwendbar erscheint, da durch das o. g. Beiurteil nicht blos das U. der ersten Instanz ausser Wirksamkeit gesetzt, sondern auch dessen Grundlage als unvollständig erkannt worden ist, da infolge dessen die erste Instanz ein neues U., welches auf einer geänderten Grundlage beruhen wird, zu fällen hat, und da das von der zweiten Instanz angeordnete Beweisverfahren keineswegs als Bestandteil des Rechtsmittelverfahrens aufgefasst werden kann.

21.

Unzulässigkeit des Zugriffs auf Bezüge eines Bergarbeiters aus einer Bruderlade.

(E. 1. Mai 1888, Z. 5295.)

Die vom 1. R. dem A bewilligte Beschlagnahme der dem pensionirten Hüttenarbeiter B aus der Bruderlade zukommenden Provision monatlicher 25 fl. wurde vom OLG. behoben. Denn die in Execution gezogene Provision bildet eine Unterstützung für arbeitsunfähige Bergarbeiter und wird aus einem Fonde geleistet, welcher durch bestimmte Lohnabzüge der Bergarbeiter gebildet worden ist, daher an Stelle des Geding- oder Schichtenlohns der Bergarbeiter getreten ist. In beiden Beziehungen u. z. nach Hfd. vom 11. Sept. 1795 (JGS. 233) und § 207 des Gesetzes vom 23. Mai 1854 (RGB. 146) ist aber die Executionsführung unstatthaft.

Den Revisionsrecurs des A fand der OGH. mit Verweisung auf die o. g. E.-Gründe abzuweisen, indem, wenngleich die aus der Bruderlade der Gewerkschaft dem Executen zu verabreichende Provision nicht ein Almosen im eigentlichen Sinne des Worts genannt werden kann, weil er auf den Bezug dieser Unterstützung ein ihm statutengemäss zustehendes Recht hat, doch nach den Bestimmungen der Hfd. vom 5. Juli 1784, Nr. 213 und vom 11. Sept. 1795, Nr. 253 JGS., Provisionen in Bezug auf Sicherstellungs- und Executionsverfügungen den Almosen gleichgestellt sind, folglich kein executionsfähiges Object bilden, und die in Rede stehende Provision aus einer unter der Controle und Oberaufsicht der Staatsverwaltung stehenden Versorgungsanstalt fliesst, die nach den Bestimmungen der §§ 210 bis 213 des Berggesetzes und § 103 der Vollzugsvorschrift zu demselben nur die Unterstützung hilfsbedürftiger Bergarbeiter und ihrer Witwen und Waisen zum Zwecke hat.



22.

Voraussetzung für die Annahme eines Ueberbots.

(E. 16. Nov. 1888, Z. 13329.)

Das in den Vorinstanzen angenommene Ueberbot wurde über den a. o. Revisionsrecurs des Erstehers vom OGH. zurückgewiesen; denn der § 10 des Gesetzes vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) fordert ausdrücklich, dass der Ueberbotswerber die Erklärung abgebe, nicht nur die Feilbietungsbedingnisse zu erfüllen, sondern auch alle Kosten der neuen Feilbietung zu bezahlen. Diese letztere Erklärung hat C nicht abgegeben, und da die blosse Erklärung, die Feilbietungsbedingnisse zu erfüllen, mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes, die Erklärung, alle Kosten der neuen Feilbietung zu bezahlen, nicht ersetzen kann, da ferner auf diese Art das Ueberbotsgesuch eine nach dem Wortlaute des Gesetzes zur Berücksichtigung des Ueberbotsantrags unbedingt notwendige Erklärung nicht enthält, so erscheinen die beiden unterr. EE. gesetzwidrig und ungerecht und mussten demnach abgeändert werden.

23.

Voraussetzung der Haftverhängung gegen den die eidliche Vermögensoffenbarung verweigernden Schuldner: Vorschuss auf die Alimentationskosten seitens des Executionsführers. Unerheblichkeit der Armut des Letzteren.

(E. 20. Nov. 1888, Z. 13398.)

Der 1. R. hatte der Executionsführerin den vorschussweisen Erlag eines entsprechenden Alimentationskostenbeitrags aufgetragen und davon die Verhängung der Haft gegen den Schuldner abhängig gemacht,, und das OLG. bestätigte diese Verfügung in Erwägung, dass gemäss § 3 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 35) rücksichtlich der Vollziehung der Haft des Schuldners die Bestimmungen der GO. und selbstverständlich der hiezu erflossenen Verordnungen über die Verhängung des Arrests als Zwangsmittel anzuwenden sind; dass daher die Executionsführerin in Gemässheit der Resol. v. 11. Sept. 1784 (JGS. 335) und der Hfd. v. 8. Nov. 1784 und 29. Sept. 1791 (JGS. 361 und 205), sowie der JME. vom 7. Jän. 1857, Z. 28.570, und 16. Febr. 1856, Z. 3440, in jedem Falle, auch wenn sie das Armenrecht geniesst, rechtzeitig bei sonstiger Verwirkung dieses Executionsmittels die in Gemässheit des Hfd. v. 18. Oct. 1817 (JGS. 1379) vom Gerichte zu bemessende Alimentation zu erlegen hat.

Der OGH. fand dem a. o. Revisionsrecurse keine Folge zu geben, weil die in Beschwerde gezogene E. durch den Schlusssatz des § 3 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 35), die Resol. v. 11. Sept. 1784 (JGS. 335) und die Hfd. v. 8. Nov. 1784 und 29. Sept. 1791 (JGS. 361 und 205) gesetzlich begründet ist.

24.

Umfang der Sicherstellung und Rangsclasse einer Alimentationsschuld im Falle des Concurses nach §§ 15 und 182 CO.

(E. 20. Nov. 1888, Z. 12839. — I. Senat. — JMVdgbl. 397.)

A. war als ausserehelicher Vater des C. anerkannt und zur Leistung eines jährlichen Alimentationsbeitrags an denselben per 50 fl. verurteilt worden. Nachdem A. in Concurs geraten war, meldete der Vormund des C. die verfallenen Alimentationsraten und die Forderung auf Leistung weiterer vierteljährig im vorhinein zu entrichtenden Alimentationsraten per 12 fl. 50 kr., bez. die Forderung eines hiefür anzuweisenden Bedeckungscapitals per 1250 fl. an und begehrte für diese Forderungen die Rangordnung der 1., eventuell der 3. Classe der Concursgläubiger. Bei der Liquidierungstagfahrt wurde die angemeldete Forderung in Betreff Bezahlung der verfallenen Alimentationsraten für liquid erkannt und derselben die 3. Classe angewiesen; betreffs der Forderung auf Leistung der weiteren vierteljährig im vorhinein zu entrichtenden Alimentationsraten aber ein Bedeckungscapital per 600 fl. liquidiert und derselben nur die 4. Classe zuerkannt. Damit nicht zufrieden, stellte der m. C., vertreten durch seinen Vormund, nach erlangter

vormundschaftsbehördlicher Genehmigung, in der wider die Concursmassa des A., bez. gegen die Gläubiger derselben rechtzeitig angestrengten Klage das Begehren: die Gekl. seien schuldig, anzuerkennen, dass das Bedeckungscapital für die Forderung des Kl. auf Leistung von seit 5. Juni 1887 bis zu dessen Selbsterhaltungsfähigkeit verfallenden vierteljährig im vorhinein zu entrichtenden Alimentationsraten per 12 fl. 50 kr. nicht blos 600 fl., sondern 1250 fl. betrage und mit letzterer Summe festzusetzen sei, und dass diese Forderung nicht in die 4., sondern in die 3. Classe der Concursgläubiger gehöre. Die Klage wurde in den Vorinstanzen abgewiesen, vom OLG. mit folgender Begründung: Im Einklange mit den Urteilsmotiven der 1. Instanz muss nun ausgesprochen werden, dass ein Recht des unehelichen Kindes auf Bedeckung seiner Alimentationsansprüche per 1250 fl. pro futuro als Concursgläubigerforderung nicht besteht; das Kind hatte nur den Anspruch, mit den bei der Concurseröffnung des Vaters bereits verfallenen Raten zum Zuge zu gelangen; denn nur diese Ansprüche waren bei der Concurseröffnung existent. Nach § 166 bGb., auf welchen schon das erste Gericht hinwies, kann nemlich ein uneheliches Kind allerdings von seinen Eltern eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung fordern, und ist nach § 167 bGb. zur Verpflegung vorzüglich der Vater verbunden; wenn aber dieser nicht imstande ist, das Kind zu verpflegen, so fällt die Verbindlichkeit auf die Mutter. Sobald also A., Vater des unehelichen C., in Concurs geriet, war er Mangels freien Vermögens ausserstande zu weiterer Alimentation, daher diese Pflicht einstweilen für ihn aufhörte und deshalb auch nicht auf seine Concursmasse überging. Die vom Kl. begehrte Aussetzung eines Bedeckungscapitals per 250 fl. wäre nichts anderes als eine Sicherstellung künftiger Alimentationsraten, welche keine fällige Schuld des A. sind. Eine solche Sicherstellung ist aber auch in dem wider A. ergangenen U. v. 21. Jan. 1886 nicht ausgesprochen. Kl. pocht demnach umsonst auf § 17 und § 182 CO. Wenn die Gläubigerschaft, obwohl nicht verpflichtet, dennoch 600 fl. gewährte, so war sie immerhin befugt, diese Liquidierung nicht im vollen angemeldeten Betrage per 1250 fl. und nicht in der dritten, sondern in der vierten Classe vorzunehmen.

Der OGH. gab der Klage statt. Gründe: Durch rechtskräftiges U. hat der heutige Kl. gegen seinen Vater das unbestreitbare und auch geklagterseits anerkannte Recht auf Leistung eines jährlichen Alimentationsbeitrags per 50 fl., zahlbar in vierteljährigen anticipativen Raten à 12 fl. 50 kr. erlangt, welche Leistung aus dem Vermögen des ausserehelichen Vaters und nunmehrigen Concursanten zu geschehen hat. Hiernach hat der Kl., welcher in dieser Beziehung wie ein anderer Gläubiger des Gemeinschuldners, dem nach § 1 CO. durch die Eröffnung des Concurses lediglich die freie Verfügung über sein Vermögen entzogen wird, zu betrachten ist, einen rechtlichen Anspruch auf den Bezug von aus dem Vermögen des Schuldners zu leistenden jährlichen Unterhaltsgeldern erlangt, für welche er nach dem klaren, unzweifelhaften und keine Ausnahmen gestattenden Wortlaute des § 15 CO. berechtigt ist, im Concurse eine Sicherstellung für die Bezahlung zur jedesmaligen Verfallszeit zu begehren, welches Begehren derselbe sowohl in seiner Anmeldung, als auch in der vorliegenden Klage gestellt hat. Angesichts dieser klaren und bestimmten positiven Vorschrift des Gesetzes, welche durch die Bestimmung des § 14 CO., wornach alle Forderungen gegen den Gemeinschuldner mit Ausnahme jener der Kategorie der im § 15 erwähnten Ansprüche, mit dem Tage der Concurseröffnung als fällig zu betrachten sind, ihre Rechtfertigung findet, indem sonst die Gläubiger dieser Kategorie gegenüber den anderen Concursgläubigern eine ungleiche Behandlung erfahren würden, erscheinen alle geklagterseits gegen die Berechtigung des vom Kl. gestellten Begehrens erhobenen Einwendungen vollkommen belanglos und unbegründet, und es ist daher auch weiters auf dieselben gar nicht einzugehen, wie es ebenfalls müssig ist, sich mit der Frage weiter zu beschäftigen, ob die Gekl. mit Rücksicht auf ihre Erklärungen bei der Liquidierungstagsatzung noch berechtigt seien, die Eigenschaft der kl. Forderung als einer Concursforderung zu bestreiten oder nicht. Was nun die Art der Sicherstellung dieses Anspruchs des Kl. auf die ihm zustehenden jährlichen Unterhaltungsgelder anbelangt, so wurde geklagterseits gegen das an sich schon gerechtfertigte Begehren des Kl. — dass hiezu ein geeignetes Bedeckungscapital bestellt werde — in thesi keine Einwen-

dung erhoben, ebensowenig als eine Einwendung gegen die vom Kl. aufgestellte Berechnung zum Zwecke der Feststellung des erforderlichen Bedeckungscapitals geltend gemacht wurde. Es war daher das zur Sicherstellung für die Bezahlung zur jedesmaligen Verfallszeit der dem Kl. gebürenden jährlichen Unterhaltsgelder erforderliche Bedeckungscapital in der vom Kl. angesprochenen Ziffer von 1250 fl. festzustellen, unbeschadet der hierauf seinerzeit zur Anwendung zu kommen habenden Vorschrift des § 182 CO. Dieses so ermittelte Bedeckungscapital war aber nach den Bestimmungen der §§ 45 und 46 CO. in die 3. Classe der Ansprüche der Concursgläubiger zu setzen, weil der Anspruch des Kl. ein solcher ist, welcher keiner anderen Classe, insbesondere nicht der 4. und 5. nach §§ 47 und 48 CO., ausdrücklich zugewiesen ist.

25.

1. Legitimation des Concursmasseverwalters zur Anfechtungsklage, 2. Anfechtbarkeit einer Zwangsvollstreckung nach § 6 AnfG.

Vgl. Bd. III Nr. 210, Bd. IV Nr. 488.

(E. 23. Oct. 1888, Z, 6317.)

Der in den Vorinstanzen abgewiesenen Anfechtungsklage wurde vom OGH. stattgegeben. Gründe: Die Gerichte der beiden unteren Instanzen haben dem Verwalter der Concursmasse des K die Legitimation zu der Anfechtungsklage abgesprochen, weil er die Ermächtigung des Gläubigerausschusses zu dieser Klage gegen den Einwurf des Bel. nicht nachgewiesen hat. Diese Rechtsanschauung ist jedoch unrichtig und die darauf gestützte Abweisung der Klage daher nicht gerechtfertigt. Denn nach § 1 des Gesetzes vom 16. März 1884 (RGB. 36) können nach der Eröffnung des Concurses früher vorgenommene Rechtshandlungen (überhaupt), welche das Vermögen des Gemeinschuldners betreffen, nach Maassgabe der Bestimmungen dieses Abschnitts angefochten und den Gläubigern gegenüber als unwirksam erklärt werden. Nach § 16 desselben Gesetzes ist zur Anfechtung die Gläubigerschaft, vertreten durch den Masseverwalter, berufen. Aus der Zusammenhaltung dieser Gesetzstellen mit § 76 CO. ergibt sich, dass der § 147 CO. durch das spätere Gesetz vom 16. März 1884, insoferne eine Abänderung erfahren hat, dass der CMVerwalter nach §§ 1, 16 und 40 dieses Gesetzes schon vermöge seiner ihm nach § 76 CO. zustehenden Machtvollkommenheit und der ihm danach obliegenden Verpflichtung zur Anfechtungsklage in allen Fällen berechtigt ist und zu seiner Klagelegitimierung einer besonderen Ermächtigung des Concurscommissärs, eventuell des Gläubigerausschusses nicht erst bedürfe. Es erscheinen daher die untergerichtlichen Urtheile, mit welchen die seitens des Verwalters der Concursmasse namens der Gläubigerschaft gegen den Bel. überreichte Anfechtungsklage lediglich aus dem Grunde des Mangels der Klagelegimitation abgewiesen wurde, gesetzlich nicht gerechtfertigt. Aber auch im Wesen der Sache erscheint der Klageanspruch gesetzlich gegründet. Demselben werden nemlich die Tatsachen zugrunde gelegt, dass über das Vermögen des Kaufmanns K, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, infolge seines am 19. Mai 1885 gestellten Begehrens der Concurs am 21. Mai 1885 eröffnet wurde; dass der Bel., ungeachtet ihm bekannt gewesen sei, dass der Schuldner seine Zahlungen bereits eingestellt hatte, auf Grund der wechselrechtlichen Zahlungsauflage vom 12. Mai 1885 mit dem am 17. Mai 1885, also nur zwei Tage vor dem Begehren um Concurseröffnung, eingebrachten Gesuche die exec. Einverleibung des Pfandrechts für seine Forderung von 500 fl. ö. W. sNG. auf die im Enunciate angeführten Realitäten des Schuldners erwirkt, und durch diese infolge der Verfügung des KG. R vom 6. Juni 1885 in Vollzug gesetzte Pfandrechtseinverleibung die Concursgläubiger in ihrem Rechte auf gleichmässige Befriedigung verletzt habe. Die Einrede des Bel., dass im gegebenen Falle eine anfechtbare Rechtshandlung nicht vorliege, da gar nicht behauptet wurde, es habe sich der Schuldner an dem Pfandrechts-Einverleibungsgesuche beteiligt; dass die Execution auf Grundlage einer rechtskräftigen Zalungsauflage, also mit voller Berechtigung begehrt und bewilligt worden sei und sonach keine Schädigungshandlung begreife, ist zur Abwendung des Klagebegehrens nicht geeignet. Nach § 6 des Gesetzes vom 16. März 1884 unterliegen nemlich alle

nach der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, oder nach Anbringung des Begehrens um Concurseröffnung unternommenen, nicht schon durch die Bestimmungen des § 5 getroffenen Rechtshandlungen der Anfechtung, welche einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewähren, soferne der letztere zur Zeit, als die „Handlung" vorgenommen wurde, von der erfolgten Zahlungseinstellung oder von der Anbringung des Begehrens um Concurseröffnung Kenntnis hatte. Dieser Gesetzesbestimmung liegt unverkennbar die Anschauung zugrunde, dass schon mit der Zahlungseinstellung die relative Dispositionsunfähigkeit des Schuldners eintritt; dass ferner in der Concurseröffnung nur ein declarativer Ausspruch des Gerichts über den schon vorhandenen, mit der Zahlungseinstellung eingetretenen status cridae liege; dass weiter schon mit dem Eintritte der relativen Dispositionsunfähigkeit des Schuldners der Anspruch sämmtlicher Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung begründet werde, und daher jede, auch ohne Beteiligung des Schuldners vorgenommene Handlung, welche einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewährt, die ihm beim Bestande des Rechts der Gesammtheit der Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung nicht mehr hätte zukommen können, anfechtbar sei. Mit Rücksicht darauf kann es nicht zweifelhaft sein, dass auch Executionen, welche zur Sicherstellung oder Befriedigung selbst fälliger Forderungen und auf Grund richterlicher Erkenntnisse erwirkt werden, im Sinne des § 6 AnfG. unter den Begriff von Rechtshandlungen fallen und unter den Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle angefochten werden können. Wenn nun erwogen wird, dass der Gekl. zur Zeit des nur zwei Tage vor dem Begehren des Schuldners um Concurseröffnung, und zwar am 17. Mai 1885 überreichten Executionsgesuchs, von der schon früher eingetretenen Zahlungseinstellung des in Concurs verfallenen Schuldners Kenntnis hatte, was durch die der Klage angeschlossene, von ihm geständigermaassen unterschriebene Erklärung vom 14. Mai 1885, wonach die Aussteller als Gläubiger der Eheleute K, nachdem dieselben zahlungsunfähig geworden sind, in ein aussergerichtliches Arrangement eingehen zu wollen sich bereit erklärten, überzeugend dargethan ist; wird weiter erwogen, dass durch die seitens des Bel. in der Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Schuldners auf dessen Realitäten zur Befriedigung der Forderung von 500 fl. ö. W. sNG. erwirkten Pfandrechtseinverleibung nach der nicht widerlegten Klagebehauptung der Anspruch der Concursgläubiger auf gleichmässige Befriedigung verletzt worden ist: so war das von der Gläubigerschaft durch den Concursmasseverwalter gestellte Anfechtungsbegehren nach § 6 des Gesetzes vom 16. März 1884 für begründet zu halten.

E. Srafrecht und Strafprocess.

26.

388. Der Strafbestimmung des § 337 StG. unterliegt das im § 335 StG. bezeichnete Verschulden auch dann, wenn es sich auf die bergwerksmässige Gewinnung von Erdharzen [Gesetz vom 11. Mai 1884 (RGB. 71)] bezieht.

(E. 14. Sept. 1888, Z. 4482. Vors.: Hofr. v. Bechel; GP.: OLGR. v. Siegler.)

Die Angekl. wurden in der Richtung des § 335 StG. straffällig erkannt, weil ihre Fahrlässigkeit Schuld trägt, dass in einem zur Gewinnung von Erdwachs bestimmten Schachte drei Menschen das Leben verloren. Die Anwendung des § 337 StG. lehnte das KG. vornehmlich in der Erwägung ab, dass Erdwachs nicht zu den vorbehaltenen Mineralien gehört. Der CH. gab der in diesem Punkte angebrachten NB. der StA. statt.

Gründe: Unter Anrufung des Nichtigkeitsgrunds des § 281/11 StPO. wird in der NB. eine Ueberschreitung der Grenzen des gesetzlichen Strafsatzes dahin behauptet, dass der GH., indem er dem in Rede stehenden Grubenschachte Nr. 3602, in welchem drei Personen ihren Tod fanden, die Eigenschaft eines Bergwerks nicht zuerkannte, die Strafe nach § 335 StG. innerhalb des Strafsatzes

zwischen sechs Monaten und einem Jahre strengen Arrests, nicht aber nach dem hier anzuwendenden § 337 StG. zwischen sechs Monaten bis zu drei Jahren ausgemessen hat. Diese Beschwerde stellt sich als begründet dar, wenn erwogen wird, dass der Begriff eines Bergwerks nicht durch die Natur der Berechtigung zum Aufsuchen und zur Gewinnung des Bergproducts, sondern lediglich durch die Art des Betriebs bedingt ist, weshalb auch in Anbetracht dessen, dass die grössere Strenge des § 337 StG. schon in den mit dem Bergbau an und für sich verbundenen grösseren Gefahren zu suchen ist, es auf die Unterstellung des betreffenden Bergwerks unter bergpolizeiliche Vorschriften gar nicht ankommen kann. Das auf Grund des Reichsgesetzes vom 11. Mai 1884 (RGB. 7) erlassene galizische Landesgesetz vom 17. Dec. 1884 (LGB. für Galizien 1886 Nr. 35), womit das Recht zur Gewinnung der wegen ihres Gehalts an Erdharz benutzbaren Materialien geregelt wird, hat denn auch gemäss der §§ 1 und 14 die Gewinnung von Erdwachs nur in dem Falle aus dem Begriffe des Bergwerks ausgeschieden, wenn dieselbe nicht mittelst eines gegrabenen Schachts, eines unterirdischen Stollens, oder einer Bohröffnung betrieben wird, was in dem vorliegenden Falle, wo es sich um einen Grubenschacht handelt, nicht zutrifft. Die Strafe war daher nach § 337 StG. zu bemessen.

27.

389. Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Vieh- und Fleischbeschau begründen auch im Grenzbezirke [§ 9 des Ges. v. 29. Februar 1880 (RGB. 37)] und bei Ausbruch der Rinderpest nur eine nach § 12 und 45, Al. 1 des Ges. v. 29. Februar 1880 (RGB. 35) und bez. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) strafbare Uebertretung, es wäre denn, dass Voraussetzungen des zweiten Alinea (Z. 1—3) der zuletzt bezogenen Gesetzesstelle zutreffen, oder dass der Fall des § 20 lit. e des Ges. v. 29. Februar 1880 (RGB. 37), gegeben ist.

(E. 14. Sept. 1888, Z. 7183. Vors.: Hofr. v. Bechel: GP.: OLGR. v. Siegler.)

Gründe: Die NB. der StA. wird lediglich auf den Nichtigkeitsgrund des § 281/10 StPO., u. zw. deshalb gestützt, weil der Gerichtshof die festgestellte und seiner E. zugrunde gelegte Tat, dass nemlich der Angekl. in der zum Grenzgebiete gehörigen Ortschaft Gerzyce am 2. Jänner 1888 eine Kuh ohne vorherige Beschau schlachten liess, anstatt als Vergehen im Sinne des hier in Anwendung kommenden § 12 e des Ges. v. 29. Februar 1880 (RGB. 37) und Artikel II des Ges. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) rechtsirrtümlich nur als Uebertretung des § 12 des Ges. v. 29. Mai 1880 (RGB. 35) und Artikel I des Ges. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) auffasste, daher diese Tat einem Gesetze unterzog, welches darauf keine Anwendung findet. In Ausführung dieser Beschwerde behauptet die StA., dass nach § 12 e des Ges. v. 29. Februar 1880 (RGB. 37) zur Verhinderung der Weiterverbreitung und zur Tilgung der Rinderpest die Durchführung der Vieh- und Fleischbeschau besonders angeordnet und dass nach Art. II des Ges. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) jeder, der den rücksichtlich der Abwehr und Tilgung der Rinderpest im zuerst erwähnten Gesetze enthaltenen besonderen Bestimmungen zuwiderhandelt, sich eines Vergehens schuldig macht, welches nach § 45 dieses Ges. zu bestrafen ist. Diese Beschwerde kann jedoch als begründet nicht angesehen werden.

Vor Allem muss hervorgehoben werden, dass laut der Bestimmungen des § 38 Al. 2 des Ges. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) innerhalb des im § 9 des Rinderpestgesetzes bezeichneten Grenzgebiets nur die Zuwiderhandlungen gegen die Anordnungen rücksichtlich der Beibringung von Viehpässen ausdrücklich als ein Vergehen bezeichnet werden. Schon daraus also, dass das Gesetz betreffs der innerhalb des Grenzgebiets verübten strafbaren Handlungen eine specielle Bestimmung enthält und im § 12 e des Rinderpestgesetzes zwischen Viehstücken, welche innerhalb und ausserhalb des Grenzgebiets zur Schlachtung gelangen, nicht unterscheidet, kommt zur Genüge hervor, dass die Anschauung der StA., es liege deshalb ein Vergehen vor, weil gegebenen Falls die Schlachtung innerhalb des Grenzgebiets erfolgte, eine irrige ist. Uebrigens findet die von der

StA. angerufene Bestimmung des Art. II, § 38, Al. 2 des Ges. vom 24. Mai 1882 (RGB. 51) ihre Beschränkung durch den § 12 des Rinderpestgesetzes. Daraus und aus der Vergleichung des Wortlauts dieser letzteren Gesetzesstelle mit der obigen Vorschrift des Ges. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) geht zweifellos hervor, dass einerseits alle jene Zuwiderhandlungen, bezüglich welcher im Rinderpestgesetze nicht besondere, d. h. von jenen im Thierseuchengesetze enthaltenen abweichende Anordnungen getroffen worden sind, lediglich eine Uebertretung begründen, und anderseits, dass insbesondere die Schlachtung von Viehstücken (für welche bereits im Viehseuchengesetze vorgesehen ist) ohne vorhergegangene Beschau, selbst zur Zeit des Ausbruchs der Rinderpest, lediglich gemäss § 12 des Thierseuchengesetzes zu beurteilen kommt und daher gemäss Art. I, § 45, Al. 1 des Ges. v. 24. Mai 1882 (RGB. 51) insolange eine Uebertretung begründet, als nicht einer der in der letztgedachten Gesetzesstelle unter Z. 1—3 enthaltenen Erschwerungsumstände hinzugetreten, oder bei Rinderpestverdacht seitens der Seuchencommission die im § 20 lit. e des Rinderpestgesetzes enthaltene besondere Anordnung betreffs der Schlachtung von Rindvieh getroffen worden ist.

28.

390. Zum Begriffe der Rechtsbelehrung nach § 325 StPO.

(E. 29. Sept. 1888, Z. 8011. Vors.: Hofr. Dr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott; V.: Dr. C. Ručižka.)

Gründe: Unbegründet erscheint die NB. aber auch, soweit sie den Nichtigkeitsgrund § 344/8 StPO. zur Geltung bringt. Den Gegenstand der Beschwerde bilden die Worte des Vorsitzenden: „Es stehe dem Kaiser das Recht zu, jeden zum Tode Verurteilten zu begnadigen, und es geschehe selten, dass die Todesstrafe vollzogen werde, wo es sich um einen gemeinen Mord handelt“. Die Verteidigung meint, durch diese Ausführung des Vorsitzenden sei den Geschwornen die Begnadigung des Angekl. in Aussicht gestellt und damit eine unzulässige Beeinflussung auf dieselben geübt worden. Es mag dahingestellt bleiben, inwieferne die Anschauung der NB., dass die angeführten Worte eine Beeinflussung der Geschwornen zur Folge haben konnten, richtig sei; ob den Tatsachen nicht vielmehr jene Deutung entspricht, die der Vorsitzende selbst im weiteren Verlaufe seiner Auseinandersetzungen seinen Worten gab, „es sei seine Absicht gewesen, die Geschwornen davon abzuhalten, dass sie selbst das Begnadigungsrecht üben“; auch ist nicht zu untersuchen, ob und inwieweit die Worte des Vorsitzenden nicht vielmehr den Zweck verfolgten, eine unzulässige Beeinflussung der Geschwornen seitens des Verteidigers, durch den von diesem geübten Hinweis auf die nach dem Gesetze zu verhängende Todesstrafe abzuwenden. Für die Beurteilung der NB. ist nur der Gesichtspunkt entscheidend, dass ausschliesslich die unrichtige Rechtsbelehrung durch § 344, Z. 8 StPO. mit Nichtigkeit bedroht ist, als Rechtsbelehrung aber sich im Sinne des § 325 StPO. nur die Erläuterung der gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung und der in den Fragen vorkommenden gesetzlichen Ausdrücke, sowie der Pflichten bei der Abstimmung, darstellt, während die Genauigkeit, Vollständigkeit und Objectivität des Resumé oder andere Andeutungen, die der Vorsitzende den Geschwornen zu geben für gut erachtet, nicht unter Nichtigkeit gestellt sind. Dass aber die angefochtenen Worte des Vorsitzenden nicht zur Rechtsbelehrung in diesem Sinne gehören, ist ohneweiters klar, da sie ja ihrem Inhalte nach sich nur als die Mitteilung einer Tatsache aus der Begnadigungspraxis darstellen. Es liegt somit der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund des § 344, Z. 8 StPO. nicht vor und kann dabei selbst von der Erwägung abgesehen werden, dass die Geschwornen durch ihren Eid gebunden sind, ihrer Intention (§ 326 StPO.) gemäss nur nach eigenem Gewissen, frei von jeder Rücksicht auf die zu verhängende Strafe ihr Verdict abzugeben.

29.

391. Berücksichtigung strafloser Wucherfälle bei der Beurtheilung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmässigkeit des Wuchers.[1]

(E. 6. Oct. 1888, Z. 6390. Vors.: Hof. Dr. v. Harrasowsky; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Die NB. wurde verworfen in der Erwägung, „dass der GH. ausschliesslich jene Geschäfte zum Gegenstande seines Strafurteils machte, welche nach der Wirksamkeit des Ges. v. 28. Mai 1881 geschlossen wurden; dass damit dem Grundsatze der Nichtrückwirkung der Strafgesetze genügegetan wurde; dass es diesem Grundsatze aber in keiner Weise widerspricht, Thatsachen aus dem früheren Leben des Angekl. heranzuziehen, nicht um dieselben einem damals noch nicht wirksamen Strafgesetze zu unterwerfen, sondern, um sie als Erkenntnisquelle für das Verständnis und die richtige Beurteilung jener Handlungen zu verwerten, welche als unter die Herrschaft des neuen Gesetzes fallend, den ausschliesslichen Gegenstand des Strafurteils bilden".

30.

392. Unerheblichkeit der verspäteten Vorladung des Verteidigers bei rechtzeitig bewirkter Vorladung des Angeklagten (§ 221 StPO.).

(E. 14. Sept. 1888, Z. 4909.[2] Vors.: Hofr. v. Bechel; GP.: OLGR. v. Siegler; V.: Dr. H. Engländer.)

Gründe: Der Nichtigkeitsgrund des § 344/4 StPO. wird deshalb geltend gemacht, weil der Verteidiger der Angekl. von der auf den 24. Febr. 1888 angeordnet gewesenen Hauptverhandlung erst Tags zuvor verständigt worden ist, derselbe daher wegen Zeitmangels nicht in der Lage war, sich gehörig vorzubereiten und mit den Angeklagten behufs der Verteidigung Rücksprache zu pflegen. Hiedurch sei die Vorschrift des § 221 StPO. verletzt worden nud dies umsomehr, als Notar W., welchem die Angekl. seinerzeit ihre Verteidigung übertragen haben, von der Ausschreibung des Termins zur Hauptverhandlung nicht verständigt worden ist, mithin ihm die Gelegenheit benommen wurde, dem Gerichte rechtzeitig bekannt zu geben, dass er die Verteidigung zu übernehmen verhindert sei. In diesen Ausführungen kann jedoch die Berechtigung zur Anrufung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrunds nicht erblickt werden, weil im § 221 StPO. nur die Zustellung der Vorladung zur Hauptverhandlung an den Angekl. und nicht auch jene an den Verteidiger binnen der dort bestimmten Frist bei sonstiger Nichtigkeit vorgeschrieben ist, weil die Angekl. schon am 25. Jän. 1888, also mehr als vier Wochen vor der Verhandlung, von der Anberaumung dieser letzteren auf den 24. Febr. 1888 verständigt wurden und in der Lage waren, sich rechtzeitig dessen zu versichern, ob der von ihnen gewälte und dem Gerichte namhaft gemachte Verteidiger Notar W. ihre Verteidigung zu übernehmen geneigt sei oder nicht. Dass letzerer seine ablehnende Erklärung erst am 22. Febr. 1888 zu Protokoll gab, liegt ausserhalb des Verschuldens des Gerichtes, welches seinerseits alles gethan, was es unter den obwaltenden Umständen thun konnte, da es, gleich nach Abgabe der vorerwähnten Erklärung, sich an den Ausschuss der Advocatenkammer wegen Namhaftmachung eines amtswegigen Vertheidigers gewendet und am nächsten Tage, gleich nach Erhalt der Antwort, dass wegen Verhinderung sämmtlicher Verteidiger dem obigen Ansinnen nicht entsprochen werden könne, den Gerichtsadjuncten S. zum Vertheidiger bestellt hat, welcher dieses Amt bei der Hauptverhandlung versah. Es kann auch nicht unerwähnt belassen werden, dass sowohl dem von amtswegen bestellten Verteidiger S., welchem die betreffenden Acten ohne Verzug mitgeteilt wurden, wie auch den Angekl. selbst, falls sie die Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung, als zu kurz bemessen erachteten, freistand, die Vertagung der Verhandlung zu begehren, dass aber von dieser Befugnis kein Gebrauch gemacht wurde.

---

[1] Vgl. Geller Strafgesetz (3. Aufl.) Nr. 112, § 4[4].

[2] Im gleichen Sinne: E. 26. Mai 1875, Z. 1605, 16. April 1888, Z. 1995 und andere mehr.

31.

393. Begriff der Executionsvereitlung.

(E. 29. Sept. 1888, Z. 4681. Vors.: Hofr. Dr. v. Haslmayr; GP: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Das angef. U. erweist sich durch die tatsächlichen Feststellungen insoweit gerechtfertigt, als der Angekl. vom Vergehen nach § 1 des Ges. v. 25. Mai 1883 (RGB. 78) betreffs der Entziehung eines Ochsen und einiger Schafe (welche Viehstücke nach der gerichtlichen Feststellung verendet sind), dann eines Maulesels und jener Schafe, die sich noch am Leben befinden, sowie von Küchengerätschaften (bezüglich deren der Angekl. dem Gerichtsdiener erklärte, er sei entschlossen, sie nicht herauszugeben, weil er derselben bedürfe), freigesprochen wurde; denn es fehlt bezüglich dieser Executionsobjecte an einer Handlungsweise des Angekl., die geeignet wäre, den Tatbestand des § 1, oder auch nur jenen des § 3 cit. Ges. zu begründen. Ist dies bezüglich der zugrunde gegangenen Viehstücke ohnehin zweifellos, so bewährt sich die Anschauung des GH. als gesetzlich auch bezüglich jener Gegenstände, die sich noch im Besitze des Angekl. befinden, bezüglich deren ihm nur die Weigerung, dem Auftrage des Gerichtsdieners zu entsprechen, aber keine jener positiven Tätigkeiten (Beschädigen, Zerstören, Entziehen u. s. f.), die im § 1 und 3 des Gesetzes angeführt sind, zur Last fällt. Gerechtfertigt ist dagegen die NB., u. zw. sowohl formell (§ 281, Z. 5 StPO.) als materiell (§ 281, Z. 9a und b StPO.), insoferne sie dagegen auftritt, dass der Angekl. auch von der Anklage, mit Verletzung der Bestimmungen des § 1 des Gesetzes einen Ochsen veräussert zu haben, freigesprochen wurde. Sie ist es formell, weil selbst, wenn sich der, wie gezeigt werden wird, unrichtigen Ansicht des GH. zustimmen liesse, dass der Verkauf eines gepfändeten Viehstücks zu dem Zwecke, um mit dem Erlöse rückständige Steuern zu bezahlen, nicht unter das Gesetz v. 25. Mai 1883 falle, die diesbezüglichen Feststellungen jedenfalls Lücken über entscheidende Tatsachen aufweisen. Hat es doch der GH. unterlassen, die Höhe des vom Angekl. für den Ochsen erlangten Betrags und ebenso die Höhe der geschuldeten Steuern festzustellen; es fehlt daher an jedem Anhaltspunkte, um beurteilen zu können, ob der Angekl. nach Ansicht des GH. wirklich den ganzen, für den Ochsen eingenommenen Betrag zur Steuerzahlung aufgewendet hat, oder verneinenden Falls, welche Ansicht der GH. bezüglich der Verwendung des zu diesem Zwecke nicht benötigten Betrags gewann. Die NB. ist aber auch nach § 281, Z. 9a und b StPO. begründet, wenngleich Mangels der nötigen Feststellungen nicht sofort in der Sache selbst erkannt werden kann. Allerdings ist die Frage, ob der Angekl. die Befriedigung seines Gläubigers zu vereiteln beabsichtigte, an sich eine Tatfrage. Die Gründe jedoch, welche der GH. im vorliegenden Falle für seine Anschauung, der Angekl. habe ohne diese Absicht gehandelt, anführt, verraten eine rechtsirrtümliche Auffassung des im § 1 des Gesetzes geforderten Dolus. Denn der vom GH. für wesentlich erklärte Umstand, dass der Gläubiger eventuell auf andere Vermögensobjecte des Schuldners greifen konnte, ist durchaus unerheblich. Dieses Argument lässt vielmehr erkennen, dass der GH. dafür hielt, die im § 1 des Ges. v. 25. Mai 1883 geforderte Absicht des Täters müsse auf vollständige Vereitlung der Befriedigung des Gläubigers gerichtet sein, während es doch nach dem Gesetze genügt, wenn der Execut auch nur plante, die einzelne, im Zuge befindliche Executionsführung zu vereiteln; während ferner die auf vollständige Vereitlung der Befriedigung des Gläubigers gerichtete Absicht die Tat regelmässig unter den schwerer verpönten Gesichtspunkt des Betrugs bringen wird. Ebenso erscheint der Zweck gleichgiltig, den der Angekl. durch den Verkauf des in Execution gezogenen Ochsen anstrebte. Für den Tatbestand des Vergehens nach § 1 des Gesetzes ist es insbesondere ohne Belang, ob der Angekl. den Erlös zur Befriedigung anderer Gläubiger, mögen diese nun das Aerar oder Private sein, verwendet habe. Das Entscheidende ist, dass der Angekl. über das in Execution gezogene Vermögensstück eigenmächtig und damit in gesetzwidriger Weise verfügt, sei es auch, dass er, indem er seinem Gläubiger die Mittel der Befriedigung entzieht, sich in den Stand setzt, seine

Schuld gegen einen anderen Gläubiger zu tilgen.[1] Auch der Nichtigkeitsgrund des § 281, Z. 9 b StPO. erscheint insoferne gerechtfertigt, als jener Irrtum, den der GH. am Schlusse der Begründung zu Gunsten des Angekl. gelten lässt, dahingehend, „der Angekl. habe nicht gewusst, dass man gepfändete Sachen zum Zwecke der Steuerzahlung nicht verkaufen dürfe,“ sich in zweifelloser Weise als Irrtum in Ansehung des Strafgesetzes (§ 3 StG.), nicht aber als Irrtum über solche tatsächliche Verhältnisse darstellt, welche dem Angekl. die Einsicht in die Strafbarkeit seines Tuns benehmen.

32.

394. Begriff der Vernachlässigung der im § 373 StG. zur Pflicht gemachten Sorgfalt in der Verwahrung eines Gewehrs.

(E. 6. Oct. 1888, Z. 6756. Vors.: Hofr. Dr. v. Harrasowsky; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: In der Beschwerde wird der Nichtigkeitsgrund des § 281/9 a StPO. geltend gemacht und dahin ausgeführt, dass die vom Erkenntnisgerichte für erwiesen erachteten Tatumstände alle Merkmale des Vergehens nach § 378, bezw. § 335 StG. oder wenigstens jene der zuletzt bezogenen Gesetzesstelle wider den Angekl. Michael M. enthalten, und dass demnach der GH. bei Freisprechung des Angekl. das Gesetz unrichtig angewendet habe. Dieser Nichtigkeitsgrund erweist sich nicht als existent. Die Behauptung der NB., der Angekl. habe der im § 373 StG. normirten Pflicht, geladene Gewehre „vor Kindern und anderen unvorsichtigen und unerfahrenen Personen zu verwahren“, nicht entsprochen, findet in den Feststellungen des U. keinen Halt. Diese gehen dahin, dass M. den eindringlichen Ratschlägen (consigli ed insistenze) seines Jagdgefährten Elias S. nachgebend, das geladene Gewehr dem letzteren anvertraute, nachdem er von diesem die Versicherung erhalten hatte, das Gewehr werde an einem sicheren Orte und unter Verschluss hinterlegt werden. Die weiteren Feststellungen ergeben, dass S. seinem Versprechen zuwider, das Gewehr in einer offenen Kammer der Werkstätte des Sante D. hinterlegte, wo dasselbe der Lehrjunge Eugen C. am nächsten Morgen vorfand und durch unvorsichtiges Gebaren mit demselben den Tod des Knaben Johann D. herbeiführte. Hat also der Angekl. M. das geladene Gewehr dem S. nur mit Rücksicht auf dessen Versicherung übergeben, dass er für eine dem § 373 StG. entsprechende Verwahrung desselben sorgen werde, und wird ein Grund, welcher M. bestimmen konnte, dem S. zu mistrauen, weder im U. festgestellt, noch auch nur in der NB. behauptet, so hat M. alles das getan, was § 373 StG. vorschreibt, und seine Freisprechung erscheint als dem Gesetze vollkommen entsprechend. Ob die Pflicht zur Verwahrung des Gewehrs in eigener Person oder durch Beauftragung eines Anderen, an dessen Verlässlichkeit zu zweifeln kein Grund vorliegt, erfüllt wird, bleibt für das Wesen der Sache durchaus unentscheidend. Bedeutungslos ist auch der (in der NB. hervorgehobene) Gesichtspunkt, dass es dem M. bei Uebergabe des Gewehres an S. um Sicherung der Waffe gegen Diebstahl oder Beschädigung durch Handhabung derselben seitens unberufener Dritter, nicht aber um Abwendung der im § 378 StG. vorgesehenen Gefahr zu tun war. Abgesehen davon, dass dieser von der NB. behauptete Beweggrund vom GH. nicht festgestellt wurde, erscheint es gleichgiltig, welches das Motiv der Handlungsweise des Angekl. war; als wesentlich ist nur der Umstand anzusehen, dass der Angekl. Grund hatte, anzunehmen, S. werde das Gewehr in einer Weise aufbewahren, dass kein Unberufener zu demselben gelangen kann, wodurch die Erreichung des im § 373 StG. vorgesehenen Zwecks sich von selbst ergab. Endlich behauptet die NB., ein im Sinne des § 335 StG. strafbares Verschulden des Angekl. ergebe sich daraus: *a*) dass Angekl. dem S. das Gewehr im geladenen Zustande übergab, obgleich er es hätte entladen können; *b*) dass er bei Uebergabe des Gewehrs dem S. nicht mitteilte, die Waffe sei geladen, daher S. sie für ungeladen halten musste; und *c*) dass Angekl. M. sich um die Beschaffenheit des Locals nicht kümmerte. in welchem S. die Waffe hinterlegte.

[1] S. Kaserer Oesterreichische Gesetze mit Materialien, B. XXXVII., Regierungsmotive, Seite 11, Geller Strafgesetz (3. Auflage), Nr. 93, § 11.



Es kann jedoch diesen Ausführungen nicht beigetreten werden. Denn ad *a*) begründet das Aufbewahren eines geladenen Gewehrs laut der klaren Vorschrift des § 373 StG. keinen strafbaren Tatbestand, sofern nur für die gehörige Verwahrung der Waffe gesorgt wird; ad *b*) ist die behauptete Tatsache keineswegs festgestellt, übrigens unerheblich, denn sobald M. aus der Erklärung des S. die Beruhigung schöpfen musste, dass das Gewehr an sicherem Orte werde aufbewahrt werden, hatte er keinen Anlass, den letzteren insbesondere noch auf den Umstand aufmerksam zu machen, dass das Gewehr geladen sei; allerdings aber wäre es Sache des S. gewesen, das Gewehr zu untersuchen und dasselbe zu entladen, wenn er es nicht in einer der Vorschrift des § 373 StG. entsprechenden Weise aufzubewahren in der Lage war; ad *c*) fällt die Wahl der Räumlichkeit, in welcher das Gewehr hinterlegt wurde, wie schon oben erwähnt, ausschliesslich dem S. zur Last. Aus allen diesen Gründen stellt sich die NB. als unbegründet dar und musste deshalb verworfen werden.

. . . .

33.

398. Begriff des bestellten Mords und der unmittelbaren Mitwirkung zum Morde (§ 135/3 und 136 StG).

(E. 11. Oct. 1888, Z. 7000. Vors.: I. SP. Dr. Habietinek; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; V.: Dr. Stranský.)

Gründe: Unrichtige Gesetzesanwendung (§ 344/11 StPO.) erblickt die Beschwerde darin, dass der Schuldspruch nach § 135, Z. 3 StG. erging, da blosses „Ueberreden“ zum Morde nicht gleichbedeutend sei mit: „zum Morde bestellen“, vielmehr Derjenige, der einen Anderen zum Morde überredet, lediglich als Mitschuldiger im Sinne des § 5 StG. anzusehen sei. Sie stellt auch die Ansicht auf, dass das Verhalten des Peter N. bei der Vollziehung des Mords nicht als unmittelbare Mitwirkung zum Morde angesehen werden könne, dass sich vielmehr seine, durch den Wahrspruch constatierte Handlungsweise lediglich als entferntere Mitwirkung nach § 137 StG. darstelle. Allein unter den Begriff des bestellten Mords fällt nicht blos der gedungene (Lohn- oder Banditenmord), sondern auch der angestiftete Mord schlechthin. Nach dem Wortlaute des § 135, Z. 3 StG. ist bestellter Mord dann vorhanden, wenn Jemand zum Morde gedungen, oder auf eine andere Art von einem Dritten hiezu bewogen worden ist. Dass dieses „zum Morde bewegen“ auch durch Ueberreden erfolgen kann, steht ausser Zweifel. Dass das Ueberreden bei anderen Delicten Anstiftung im Sinne des § 5 StG. genannt wird, bietet kein Hindernis, beim Morde hierin „Bestellung“ zu erkennen. Die Terminologie des StG. (vgl. die Bestimmungen der §§ 44, lit. e, 59, lit. b, 70—72, 75, 136 u. a.) tut dar, dass die im § 5 StG. zunächst nur beispielsweise beschriebene Thätigkeit Desjenigen, der die Uebeltat eingeleitet oder vorsätzlich veranlasst hat — des intellectuellen oder moralischen Urhebers — unbeschadet der Identität des Begriffs, unter verschiedenen Bezeichnungen, z. B. unter jener des Urhebers, Anstifters, Aufwieglers, Rädelsführers, Bestellers, zusammengefasst wird. Für die Richtigkeit der durch die gesetzliche Terminologie erhärteten Auffassung spricht auch die Thatsache, dass das den § 118 des StG. v. 1803 erläuternde Hfd. v. 10. Oct. 1807 (JGS. 820) erklärt, dass Derjenige, welcher den Mörder auf was immer für eine Art zur Ermordung des Dritten bewogen hat, als Besteller nach § 119 (jetzt § 136) StG. zu bestrafen sei. Es kann somit nach dem geltenden Gesetze keinem Zweifel Raum gegeben werden, dass ein Unterschied zwischen dem bestellten Morde und anderen Arten des Mords, welche nebst dem unmittelbaren Thäter einen moralischen Urheber voraussetzen, gar nicht denkbar sei. Zudem verpönt § 137 StG. ausdrücklich nur die im § 5 StG. beschriebene „entferntere“ Art der Beihilfe und stellt dieser in den Eingangsworten insbesondere die gleichfalls im Rahmen des § 5 StG. Raum findende intellectuelle Urheberschaft und unmittelbare thätige Mitwirkung entgegen. . . Ebenso unrichtig ist es, wenn behauptet wird, dass die im Wahrspruche bezeichnete Handlungsweise des Peter N. den Begriff unmittelbarer tätiger Mitwirkung beim Morde nicht verkörpere. In dieser Richtung stellt der Wahrspruch fest, dass Peter N. zufolge vorausgegangener Verabredung mit einer Waffe versehen, mit Josef G.

dem Ferdinand C. in der Absicht, ihn zu töten, auflauerte, dass er nach erfolgter Begegnung des G. mit C. dem Ersteren zurief, zu schiessen, während er selbst im Hinterhalte seine Waffe zum Schusse bereit hielt, um, falls G. den C. fehlen sollte, selbst zu schiessen. Er hat demnach unmittelbar bei Verübung des Mords nicht durch seine das Vorhaben des G. unterstützende Bereitschaft, wol aber dadurch thätig mitgewirkt, dass er dem G. durch den Zuruf „strel" das Zeichen gab, dass der richtige Zeitpunkt, die That zu verüben, nunmehr gekommen sei.

Die NB. des Peter N. ist demnach nicht begründet und musste als solche in ihrem vollen Umfange gemäss §§ 346 und 223, Alinea 1, StPO. verworfen werden.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.[1]

1. Erfolglose Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners als Voraussetzung der Anfechtung von dessen Rechtshandlungen ausser dem Concurse.

Der § 2 des RGes. vom 21. Juli 1879[2] gewährt jedem Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, die Befugnis, Rechtshandlungen seines Schuldners ausserhalb des Concursverfahrens als unwirksam anzufechten, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, dass sie zu einer solchen nicht führen würde. Das entscheidende Moment ist danach die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, d. h. dessen Unfähigkeit, den andringenden Gläubiger aus bereiten Mitteln zu befriedigen. (Vgl. § 4 des AG., § 94 der CO.) Wie das RG. bereits mehrfach entschieden hat, genügt nun zur Begründung der Anfechtungsklage im Sinne des Gesetzes nicht jeder ernstliche Versuch der Zwangsvollstreckung, namentlich nicht unter allen Umständen eine blosse, erfolglos gebliebene Mobiliarpfändung, vielmehr muss die Execution in das Vermögen des Schuldners eine erschöpfende gewesen sein, die zugänglichen und pfandbaren Mittel desselben ergriffen haben. Ob und in wie weit dies im einzelnen Falle zutrifft, hat der Richter nach freiem Ermessen zu beurtheilen. Der anfechtende Gläubiger hat im Allgemeinen den Beweis, dass die Execution in das Vermögen des Schuldners stattgefunden und zu seiner Befriedigung nicht geführt habe, oder voraussichtlich nicht führen werde, zu übernehmen, während dem Anfechtungsbeklagten der Gegenbeweis, dass noch bereite und realisierbare Executionsobjecte bei dem Schuldner vorhanden seien, nachzulassen ist. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist der Gläubiger nicht verpflichtet, vor Erhebung der Anfechtungsklage einen Theil seiner Forderung von dem Schuldner beizutreiben, wenn von vornherein feststeht oder im Laufe des Processes festgestellt wird, dass die paraten Mittel des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichen. Die Subsidiarität des Anfechtungsanspruchs lässt sich nicht dahin auffassen, dass der Gläubiger unter allen Umständen zunächst seine Deckung bei dem Schuldner suchen müsse, und nur wegen des etwaigen Restes seiner Forderung sich an den Anfechtungsbeklagten halten dürfe; das Gesetz erfordert vielmehr nur den Nachweis der wirklichen oder voraussichtlichen Unfähigkeit des Schuldners zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers. (U. III. CS. v. 30. Oct. 1888, Nr. 167.)

2. Liquidation der aus einer bestehenden Gesellschaft und einer Einzelperson gebildeten Gesellschaft.

Treten zwei offene Handelsgesellschaften zusammen oder tritt eine offene Handelsgesellschaft mit einer einzelnen Person zusammen, um gemeinschaftlich unter einer besonderen Firma Handel zu treiben, so entsteht begrifflich eine neue

---

[1] Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.
[2] Demselben entspricht der § 32 des österr. AnfG.



Handelsgesellschaft. Gesellschafter derselben sind die alten Gesellschafter und die einzelne Person, und es gilt für jeden der Fundamentalsatz, dass er für die Schulden der Gesellschaft mit seinem ganzen Vermögen haftet. Auch das Gesellschaftsvermögen haftet. Welchen Einfluss auf die innere Organisation der neuen Gesellschaft und auf die Vertretung der Umstand hat, dass die Mitglieder der alten Gesellschaft als solche eingetreten sind, ist hier nicht zu untersuchen. Für die Liquidation einer solchen Gesellschaft kommen die Bestimmungen des Hgb. in Buch II Tit. 1 Abschnitt 6 zur Anwendung. Ist (durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss sämmtlicher Gesellschafter oder durch das Gericht) die alte Gesellschaft oder eine derselben zum Liquidator bestellt, so ist das so aufzufassen, dass deren Mitglieder unter Bezugnahme auf die Organisation der alten Gesellschaft zu Liquidatoren bestellt sind, also z. B., dass nur die firmierenden Gesellschafter die Gesellschaft vertreten etc. Das Gleiche würde anzunehmen sein, wenn eine dritte Gesellschaft von den Communions-Interessenten oder vom Gericht zum Liquidator ernannt wäre. Die zum Liquidator bestellte Gesellschaft ist notwendiges Organ der früheren Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft und sie vertritt dieselben vor Gericht (Art. 137 des Hgb.). Wie aber die Mitglieder einer aufgelösten Handelsgesellschaft die Liquidation vornehmen können, wie sie wollen, so brauchen sie auch keinen besonderen Liquidator zu bestellen; sie sind dann nach dem Gesetz (Art. 133 des Hgb.) selbst die Liquidatoren im rechtlichen Sinn, können sich aber bei den thatsächlichen Liquidationsgeschäften beliebiger Personen als einfacher Bevollmächtigter bedienen. In einem solchen Fall ist, wenn nichts anderes bestimmt ist, die gerichtliche Vertretung bei der Gesammtheit der früheren Gesellschafter. (U. I. CS. v. 27. Oct. 1888, Nr. 223.)

3. Zeit und Art der Prüfung einer gekauften Waare.

Die Prüfung einer gekauften Waare ist gesetzlich alsbald vorzunehmen soweit sie nach ordentlichem Geschäftsgange thunlich ist, und bestimmt sich darnach die Frist und die Weise, wie die Untersuchung vorzunehmen ist, um als gehörige gelten zu können. Was dabei unter einem ordnungsmässigen Geschäftsgang zu verstehen ist, kann nicht nach vereinzelten örtlichen Gewohnheiten und nicht nach den persönlichen Verhältnissen des Käufers, sondern nur nach dem allgemeinen Geschäftsgange ermessen werden. Die Prüfungspflicht ist weiter eine allgemeine, und erstreckt sich auch auf solche Waaren, deren Brauchbarkeit oder vertragsmässige Beschaffenheit nicht anders als durch vollständige Verarbeitung eines Probetheils geprüft werden kann — vergl. Endemann, HR., 4. Aufl. § 138, Thöl, HR., 6. Aufl. § 278[10], Gareis das Stellen zur Disposition § 37 sub 6. (U. III. CS. v. 30. Nov. 1888, Nr. 199.)

4. Begriff des Differenzgeschäfts.

Das RG. hat bereits wiederholt erkannt, dass nur die sog. reinen Differenzgeschäfte als verbotene und nicht klagbare anzusehen seien, d. h. diejenigen Geschäfte, bei welchen das Recht effective Lieferung verlangen und durch effective Lieferung sich liberieren zu können, vertragsmässig ausgeschlossen ist, dergestalt, dass nur die demnächstige Coursdifferenz den Gegenstand des Geschäfts bildet, dass es gleichgiltig sei, ob die Contrahenten beim Abschlusse des Geschäfts von der Absicht ausgegangen seien, dass dasselbe demnächst nur durch Zahlung der Coursdifferenz zu erfüllen sein werde, sofern nicht diese Absicht beim Vertragsabschlusse ausdrücklich oder stillschweigend erklärt und somit zu einer Vertragsbestimmung gemacht worden sei. (U. III. CS. v. 30. Oct. 1888 Nr. 166.)

5. Umfang des Retentionsrechts des Spediteurs hinsichtlich der Forderung.

Art. 382 des Hgb. gewährt dem Spediteur allerdings nur ein beschränkteres Zurückbehaltungsrecht, als Art. 374 dem Commissionär gibt. Der letzte Satz des Abs. 1, Art. 374 ist nicht in den Art. 382 herübergenommen. Das Zurückbehaltungsrecht des Spediteurs ist beschränkt auf die aus dem concreten Speditionsgeschäft entstandenen Forderungen. Aber das kann nicht dahin führen, dass, wenn der Spediteur nur einen Theil des Guts zurückbehält, das Geschäft aus-

einandergerissen und die Wirkung der Retention nur auf die gerade nur den retinierten Theil betreffenden Ansprüche beschränkt wird. Die Zurückbehaltung wird mithin im vorliegenden Falle in Betreff aller Forderungen, welche die Kl. mit Recht geltend macht, mit Recht ausgeübt. Die Verurtheilung war daher so zu formulieren, dass das Ganze zu zahlen ist gegen Herausgabe der zurückbehaltenen Sachen. (U. I. CS. v. 13. Oct. 1888, Nr. 206.)

6. Wer ist der Präsentat, wenn der Bezogene verschieden ist von dem Inhaber des Geschäfts, in welchem die Zahlung zu leisten ist?

Bei einem Platzwechsel ist, wie bereits in dem in Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. XIV, S. 148 f. abgedruckten U. ausgeführt worden, der Präsentat, also derjenige, gegen den allein die wechselrechtlichen Handlungen vorzunehmen sind, der Bezogene und nicht der Inhaber des Geschäfts, in dem die Leistung der Zahlung zugesagt ist, und in welchem allerdings die Zahlung zu suchen ist. Darnach ist der fragliche Protest giltig. Denn es ist in demselben ausdrücklich constatiert, dass der Bezogene an jener Zahlstelle nicht angetroffen worden ist und ebenso auch zur Genüge, dass sich daselbst auch kein Anderer bei dem protestierenden Beamten behufs Zahlung Namens des Bezogenen gemeldet hat. (U. I. CS. v. 29. Sept. 1888, Nr. 188.)

7. Inhalt des Protests: Feststellung der Legitimation des Präsentaten.

Nach Art. 88, Z. 3, der WO. muss aus dem Proteste hervorgehen „das an die Person, gegen welche protestiert wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, dass sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei.“ Diejenige Person, gegen welche zu protestieren war, ist C. Der Protest ergibt aber weder, dass an diesen ein Zahlungsbegehren gestellt worden ist, noch dass er nicht anzutreffen gewesen sei. Aus der diesseitigen, in Entscheidungen des RG. in Civilsachen, Bd. XIV, S. 145 f. abgedruckten E. lässt sich zu Gunsten der Zulänglichkeit dieses Protests nichts folgern. Dort ist ausgesprochen worden, dass es zu der erforderlichen Constatierung nicht des Gebrauchs gerade der im Gesetze angegebenen Worte bedürfe, sofern sich aus dem, was wirklich constatiert worden, zugleich das Vorhandensein des nach dem Gesetze zu beurkundenden Thatbestands nothwendig ergebe. Wenn, wie in jenem Falle, der Notar beurkundet, er habe das Geschäftslocal, in welchem der Wechsel zu präsentieren war, verschlossen gefunden, so versteht es sich freilich ohne Weiters von selbst, dass er den Bezogenen oder Domiciliaten in dem Geschäftslocal nicht angetroffen haben konnte, und es wäre eine widersinnige Uebertreibung des Formerfordernisses, wenn man noch besonders verlangen wollte, dass auch dies, was ja nichts zusätzlich Thatsächliches, sondern lediglich die Wiederholung des bereits Beurkundeten in den Worten des Gesetzes gewesen wäre, noch zum Ausdruck zu bringen wäre. Mit diesem Falle hat aber der vorliegende gar nichts gemein. Es ist nicht ersichtlich, wie daraus, dass in dem Proteste die Vorlegung des Wechsels an den Acceptanten und Domiciliaten zur Zahlung und eventuellen Protestierung als der dem Gerichtsvollzieher ertheilte Auftrag bezeichnet und ferner in demselben beurkundet ist, dass in dem Geschäftslocal des C. dessen Schwiegersohn angetroffen wurde und der Acceptant nicht angetroffen wurde, als zugleich beurkundet folgen soll, dass der Domiciliat C. selbst nicht anzutreffen gewesen. Gerade diese Fassung des Gesetzes: „nicht anzutreffen gewesen“, ist nicht ohne Belang, indem sie zum Ausdrucke bringen will, dass es nicht genügt, dass dem protestierenden Beamten nicht gleich bei seinem Eintritt in das Geschäftslocal die Person des Protestaten in das Auge fällt, dass er vielmehr Nachfrage nach ihm zu halten hat, ehe er constatieren kann, dass er nicht anzutreffen gewesen. Selbst wenn es zulässig wäre, über den Inhalt des Beurkundeten hinaus das muthmaasslich Geschehene in Betracht zu ziehen, so fehlt es hier durchaus an Anhalt für die Annahme, dass der Gerichtsvollzieher in der That nach C. gefragt hätte, dieser aber nicht im Falle solcher Nachfrage sofort zur Stelle gewesen wäre. Vielmehr liegt es gerade nahe, dass der Gerichtsvollzieher entweder in unrichtiger Vorstellung in Betreff der Person, degen die zu protestieren war, den Bezogenen für die entscheidende Person gehalten hat, oder dass er den im Geschäftslocale

von C. vorgefundenen Schwiegersohn dieses Mannes zu Erklärungen über dem Geschäftsinhaber zur Zahlung vorzulegende Wechsel als ermächtigt angesehen und deshalb die Nachfrage nach dem Principal unterlassen hat. Hätte dies auf einer Ermittlung, wornach dieser Schwiegersohn eine geschäftliche Stellung bei C. hatte, die ihn hierzu ermächtigte, etwa als Procurist oder Handlungsbevollmächtigter, beruht und wäre dies in dem Proteste beurkundet worden, so würde alsdann eine Nachfrage nach dem Principal entbehrlich gewesen sein, vergl. Entscheidungen des RG. in Civilsachen, Bd. XIV, S. 148. Wird aber, wie in dem U. des III. CS. des RG. vom 20. Januar 1882 — abgedruckt in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 31, S. 455 — zutreffend ausgeführt ist, durch die Präsentation an einen Geschäftsgehilfen, der nicht im Potest als Procurist oder speciell zur Erklärung auf Wechsel Befugter bezeichnet ist, die Beurkundung der Abwesenheit des Principals nicht entbehrlich, mag auch der Geschäftsgehilfe eine Auskunft über den Wechsel ertheilt haben, so erscheint die blosse Beurkundung, dass die angetroffene Person Schwiegersohn des Geschäftsinhabers sei, erst recht unzulänglich. Der vorliegende Fall ist durchaus dem vom I. CS. des RG. durch U. v. 28. Sept. 1885 entschiedenen analog. Dort handelte es sich um einen bei Aron C. Bohm in Graudenz domicileirten Wechsel. Nach dem Protest, welcher als den Auftrag bezeichnete, den Wechsel dem Domiciliaten Aron C. Bohm zur Zahlung vorzulegen, hatte der protestierende Beamte sich in das Geschäftslocal von Aron C. Bohm begeben, daselbst aber „nicht den Bezogenen, sondern Herrn Jakob Bohm jun.“ angetroffen und von diesem auf Vorlegung des Wechsels die Erklärung, dass Deckung nicht eingegangen, erhalten. Das RG. erachtete die Annahme des BG., dass der Protest ungiltig sei, weil aus der Protesturkunde nicht hervorgehe, in welcher rechtlichen Stellung Jacob Bohm jun. zu Aron C. Bohm sich befunden, und nicht beurkundet sei, ob der Inhabar der Handlung Aron C. Bohm anwesend gewesen sei oder nicht, für rechtlich zutreffend. (U. I. CS. 29. Sept. 1888/188.)

8. Inhalt des Protests: Feststellung der Person, für und gegen welche protestiert wird.

Da, wie der BR. mit Recht ausführt, ein eigentlicher Domicilwechsel in Frage steht, so war derselbe gemäss Art. 43 WO. gegen den Domiciliaten, die Xer Volksbank, zu protestiren. Die Urtheilsgründe nehmen an, dass in der vorgelegten Protesturkunde ein rechtsgiltiger Protest gegen den Domiciliaten enthalten sei, und diese Annahme kann mit Rücksicht auf den Inhalt der Urkunde nicht als rechtsirrtümlich erachtet werden. Die Urkunde enthält nemlich die ausdrückliche Erklärung des Gerichtsvollziehers, dass er den Wechsel dem Director der besagten Volksbank, Herrn . . . ., vorgezeigt, und zur Zahlung desselben aufgefordert habe, und dass der Gesprochene erklärt habe, Mangels Deckung werde der Wechsel nicht bezahlt. Damit waren die gesetzlichen Erfordernisse einer Protestaufnahme gegen die Xer Volksbank erfüllt. Nach Art 88 Nr. 2 und 3 WO. muss nemlich der Protest enthalten: 2. den Namen oder die Firma der Personen, für welche und gegen welche der Protest erhoben wird; 3. das an die Person, gegen welche protestiert wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, dass sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei. Insbesondere erscheint es unzutreffend, wenn die Rkl. auszuführen suchen, dass es auf die Absicht des protestierenden Beamten ankomme, gegen welche Person er Protest erheben wolle, und dass kein giltiger Protest vorliege, weil nach dem Inhalte der Urkunde der Gerichtsvollzieher offenbar nur die Absicht gehabt habe, gegen den Bezogenen selbst den Protest zu erheben, indem er den Director der Volksbank als Ersatzmann für den Bezogenen angesehen habe. Es kommt nur darauf an, dass objectiv die Erfordernisse des Protests in der Protesturkunde enthalten sind. In dieser Hinsicht ist der Entscheidung des ROHG. vom 21. Mai 1873 (Bd. 10 S. 107) beizutreten, welche ausspricht, dass der Art. 88 Nr. 2 keineswegs vorschreibe, dass in der Protesturkunde ausgesprochen werden müsse: der Protest werde für oder gegen die namhaft gemachte Person erhoben; dass es vielmehr genüge, wenn der Inhalt der Protesturkunde keinen Zweifel

darüber lasse, für welche Wechsel-Interessenten und gegen welche der Protest erhoben worden sei. (U. II. CS. v. 13. Nov. 1888, Nr. 227.)

9. Substanzierung der Einrede der nicht empfangenen Valuta gegen die Wechselklage.

Wenn der Kl. bei Acceptation des Wechsels der Bekl. versprochen hätte, den Wechsel selbst einzulösen oder der Bekl. vor dem Verfalltage Deckung zu gewähren, so stände der letzteren allerdings, wie schon das ROHG. in feststehender Rechtsprechung angenommen hat und auch bereits vom RG. ausgesprochen worden ist, dem Kl. gegenüber eine Einrede — die exceptio doli generalis, c. c. Art. 1134 und 1135 — zu. Aber ein solches Versprechen liegt nach den thatsächlichen Feststellungen des OLG. nicht vor. Auch ein Anspruch auf nachträgliche Deckung („Revalierung“) steht der Bekl. dem Kl. gegenüber nach den thatsächlichen Verhältnissen nicht zu. Dass ein solcher Anspruch des Bezogenen gegenüber dem Aussteller sich nicht ohne Weiteres aus dem Wechsel, bezw. aus dem in demselben enthaltenen Zahlungsauftrage ergibt, sondern aus dem von dem Bezogenen aufzudeckenden materiellen Rechtsverhältnisse begründet werden muss, hat das RG. im Anschluss an die Rechtsprechung des vormaligen preussischen Obertribunals und ROHG. schon früher ausgesprochen. (Vergl. U. des RG. (I.) v. 7. April 1888, Blum's Annalen Bd. I, S. 575.) (U. II. CS. v. 7. Dec. 1888, Nr. 240.)

Verordnungen.

46.

Verordnung des Justizministeriums vom 20. Nov. 1888, Z. 19912,

betreffend die Vereinigung des Notarencollegiums des Kreisgerichtssprengels Jasło mit jenem in Tarnów zum Behufe der Errichtung einer gemeinschaftlichen Notariatskammer mit dem Amtssitze in Tarnów.

47.

Verordnung des Justizministeriums vom 7. Dec. 1888, Z. 19860,

betreffend die Verwendung der Gendarmerie zur Begleitung von leiblich kranken, geistesgestörten oder des Irrsinns verdächtigen Häftlingen und Sträflingen.

Aus Anlass einer an das JM. gestellten Anfrage über die Zulässigkeit der Verwendung der Gendarmerie zur Begleitung geisteskranker Häftlinge wird nach gepflogenem Einvernehmen mit dem k. k. MdI. und dem Ministerium für Landesverteidigung den Justizbehörden zur Darnachachtung eröffnet:

Nach den bestehenden Vorschriften kann die Gendarmerie zur Begleitung von leiblich kranken oder geistesgestörten, bez. des Irrsinns verdächtigen Häftlingen und Sträflingen verwendet werden. Da sich aber die Tätigkeit der Gendarmerie in Fällen solcher Art selbstverständlich blos auf die sichere Bewachung der Häftlinge oder Sträflinge zu beschränken hat, obliegt der die Gendarmeriebegleitung anordnenden Justizbehörde, wenn der Geisteszustand des Häftlings oder Sträflings die Notwendigkeit einer besonderen Pflege oder Handanlegung während der Beförderung voraussehen lässt, oder wenn der körperlich kranke Häftling oder Sträfling einer genaueren Wartung bedürftig ist, die Veranlassung zu treffen, dass der Gendarmeriebegleitung das entsprechende Wartepersonale beigegeben werde.

Auch hat die Justizbehörde, welche die Gendarmeriebegleitung anordnet, im Sinne des Justizministerial-Erlasses vom 17. Jänner 1882, Z. 812[1] der Gendarmerie immer den Grad der Gefährlichkeit schriftlich bekannt zu geben.

[1] Erlass des Justizministeriums vom 17. Jänner 1882, Z. 812 an sämmtliche Oberlandesgerichte: Der § 77 der Dienstesinstruction für die Gendarmerie enthält folgende Bestimmung: „Wenn der Gendarmerie die Begleitung von Gefangenen und verurteilten Verbrechern oder sonstigen gemeingefährlichen Personen übertragen wird, hat die Behörde der Gendarmerie jene Individuen zu bezeichnen, welche besonders gefährlich oder bezüglich welcher besondere Vorsichtsmaassregeln nötig sind.“ Aus Anlass eines speciellen Falles wird das OLG. ersucht, die Verfügung zu treffen, dass die Gerichtsbehörden oder die einzelnen gerichtlichen Organe dort, wo sie sich bestimmt finden, diese Bezeichnung vorzunehmen, dieselbe nach Thunlichkeit in schriftlicher Form der Gendarmerie bekannt geben.

Fragen und Antworten.

1. Intervention eines submittierenden Mitbeklagten an Seite des Klägers.

Von den 14 auf Einwilligung in die Löschung einer im Jahre 1841 bestellten Hypothek geklagten Erben des Hypothekars haben 12 unter das Klagebegehren submittiert, während 2, welche, in Ungarn domicilierend, von einem Curator absentis vertreten werden, der Klage opponieren. Die Löschungsklage gründet sich auf eine 1843 erfolgte Zahlung, von welcher aber die Kläger aus eigener Wahrnehmung keine Kenntnis haben. Dagegen kann dieselbe von der N., Mutter der Kläger, welche eine der 12 submittierenden Beklagten ist, aus eigener Wahrnehmung bestätigt werden.

Frage: Kann die N., nachdem sie unter das Klagebegehren submittiert hat, als freiwillige Vertretungsleisterin auf Seite der Kläger intervenieren und den opponierenden Geklagten über die Thatsache der Zahlung den auf sie rückschiebbaren Haupteid zuschieben? oder müssen die Kläger den Geklagten den Haupteid in die Seele der N. irreferibel auftragen?

Napajedl, 14. Jänner 1889. Dr. B.

Die N. könnte wol, wenn sie aus dem Streit entlassen würde, als freiwillige Vertretungsleisterin in den Process auf Seite der Kläger intervenieren, aber nur, wenn sie zu den Klägern in einem Rechtsverhältnisse stünde, welches sie zur Intervention verpflichtet oder berechtigt. Ihre blosse Kenntnis der von den Klägern zu beweisenden Thatsache gibt den Klägern kein Recht, sich ihrer unter der Deckadresse einer Intervenientin als Eidhelferin zu bedienen. Besteht ein die N. zur Intervention berechtigendes oder verpflichtendes Rechtsverhältnis zwischen derselben und den Klägern nicht, so ist es für die Letzteren räthlicher, die N. aus dem Processe nicht zu entlassen, vielmehr denselben gegen alle Geklagten zu Ende zu führen und denselben über die Thatsache der erfolgten Zahlung den unrückschiebbaren Haupteid aufzutragen, dessen Zulässigkeit dann mit Rücksicht darauf, dass wenigstens die N. von jener Thatsache unmittelbar Kenntnis hat und die übrigen Geklagten daher in der Lage sind, sich bei derselben über die Richtigkeit der Klagebehauptung zu erkündigen, nicht wohl zweifelhaft sein kann, und welcher dann von sämmtlichen Geklagten negativ auszuschwören sein wird, so dass die Kläger, wenn auch nur die N. den Eid nicht leistet, den Sieg im Processe davontragen. — Warum wird übrigens die Löschung nicht aus dem Titel der Verjährung begehrt.

2. Zwangsausgleich im kaufmännischen Concurse nach dem Ableben des Cridars.

Ist es zulässig, dass von den gesetzlichen Erben eines handelsgerichtlich protokollierten Kaufmanns, welcher im Zuge des Concursverfahrens starb, der Zwangsausgleich durchgeführt werde?

Jägerndorf, 10. Jänner 1889. Dr. U.

Es ist nicht einzusehen, warum das nicht zulässig sein soll. Die rechtliche Lage der Erben des Gemeinschuldners ist genau dieselbe wie die des Letzteren selbst, und konnte Letzterer den Zwangsausgleich antragen, so kann dieses Recht seinen Erben unmöglich abgesprochen werden. Die Bestimmung des § 206 der Deutschen RConcO.:

„Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden“,

gewährt den Erben nicht erst das Recht, auf den Zwangsausgleich anzutragen, sondern setzt dasselbe vielmehr als etwas Selbstverständliches voraus. Als ebenso selbstverständlich muss dasselbe aber auch nach der österr. ConcO. erkannt werden.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co.

Das Recht der wirtschaftlichen Concurrenz.

Versuch einer Physiologie der immateriellen Güter.

Von Dr. Leo Geller.

(Fortsetzung.)

B. Rechtliche Natur der ausschliessenden Erwerbsgelegenheiten.

Eigentum an einer Productionsspecies. Gleichartigkeit desselben mit dem Eigentum an einer Sache. Sonderung in Mobiliar- und Immobiliareigentum. Wesen der Production als eines Gegenstands des Eigentums. Abhängigkeit derselben von dem in dem technischen Element der Arbeit vergegenständlichten Typus als ihrem Träger. Empirisches und rechtliches Eigentum an dem Typus des Products und der Productionsweise. Productions- und Geschäftsgeheimnisse. Unterschied des Productionseigentums von dem Sacheigentum.

Wie bereits bemerkt, kann die Alleinherrschaft über eine gewisse Production oder eine Productionsspecies füglich auch als Eigentum an der letzteren bezeichnet werden. Sie weist in der That dieselben Elemente in ihrem Inhalte und dieselbe äussere Erscheinung auf, wie das Eigentum an einer Sache. Wie dieses nach innen in dem Haben der Sache seitens des Subjects oder in der Verfügungsmöglichkeit des letzteren über die Sache besteht und nach aussen in der Ausschliessung Anderer von der Verfügung über dieselbe hervortritt, so schliesst auch jene für ihr Subject ein Haben der Production oder die Verfügungsmöglichkeit über die ganze Productionsspecies in sich, und äussert sich in der Ausschliessung Anderer von dem Eingreifen in dieselbe. Hier wie dort also dieselbe Substanz und dieselbe Erscheinung; hier wie dort ein Haben, das sich in einem positiven und negativen Pol äussert, und hier wie dort dieselbe dem Haben immanente und dasselbe erhaltende Kraft: das Gesetz.

Und wie das Sacheigentum zwei Typen aufweist: Mobiliareigentum, welches in einem vom Subjecte selbst durch Arbeit erlangten, vom Gesetze nur aufrechterhaltenen und geschützten thatsächlichen oder empirischen Haben des nur eines individuellen Gebrauchs fähigen Gegenstands besteht, und Immobiliareigentum, welches nur eine rechtliche oder intellegible Macht in sich schliesst, die das Gesetz dem Subject über den dem Gemeingebrauche zugänglichen Gegenstand, indem es denselben dem Gemeingebrauche entzieht, einräumt, — so lässt sich auch das Productionseigentum sondern in zwei Arten: in ein vom Subjecte selbst durch eigene

Arbeit begründetes, vom Gesetze nur aufrechterhaltenes und gewährleistetes thatsächliches oder empirisches Haben der Production, das wir Mobiliareigentum, und eine kraft des Gesetzes d. h. lediglich durch die gesetzliche Ausschliessung Anderer von der Production dem Subjecte gewährte rechtliche oder ideelle Macht über dieselbe, die wir Immobiliareigenthum nennen können. Dort erhält das Gesetz blos das Eigentum, indem es zu dem naturgegebenen Haben sanctionirend hinzutritt, und ist somit nur eine der Erscheinung des Eigentums innewohnende Kraft; hier schafft es selbst (ipso jure) das Eigentum, indem es den Gegenstand dem Gemeingebrauche entzieht und dem Einzelsubjecte überlässt, und ist somit zugleich die Ursache, die causa efficiens, dieser Erscheinung.

Dem juristisch geschulten Sinne freilich ist das Eigentum an einer Production nicht leicht fassbar. Ist doch Eigentum nichts als der Begriff einer staatlich gewährleisteten Herrschaft der Person über ein Stück der unpersönlichen Welt, und setzt doch dasselbe mithin ein concretes Ding im Raume als Gegenstand der Herrschaft voraus, während eine Production nur ein Schaffen des Subjects in der Zeit, kein gegenständliches Ding im Raume ist. Zwar hätte die Doctrin auf die Spur des Productionseigentums schon durch ihre Besitztheorie geleitet werden sollen. Es hätte nur einer Analyse des Besitzes an Bannrechten, dessen Wirklichkeit allgemein anerkannt und dessen Möglichkeit gar nicht bestritten wird,[16] bedurft, um zu erkennen, dass die Production, auf welche sich das Bannrecht bezieht, wenn sie Gegenstand des Besitzes ist und sein kann, nothwendig auch Gegenstand des Eigentums sein und sein können muss. Ist doch der Besitz nur die empirische Erscheinung des Verhältnisses, dessen Inneres wir Eigentum nennen. Indessen, zu dieser Erkenntnis ist die Doctrin bisher nicht vorgedrungen, weil sie eben über den Gegenstand des Besitzes an Bannrechten wie über den Gegenstand des sogenannten Rechtsbesitzes überhaupt noch immer im Unklaren ist. Als Gegenstand des Rechtsbesitzes gilt ihr nämlich nicht das, worauf sich das Recht bezieht oder was Gegenstand des Rechts ist, sondern das Recht selbst, und so auch als Gegenstand des Besitzes des Bannrechts nicht die Production, welche der Bannherr in seiner Gewalt hat, sondern das Bannrecht selbst.[17] Dass ihr bei solcher Anschauung die Erkenntnis der Möglichkeit eines Rechtsverhältnisses an einer Production nicht aufgehen konnte, ist begreiflich.

---

[16] Vgl. Randa Besitz (3. Aufl.) S. 540 fg. und die daselbst Note 38 angeführten Schriftsteller.

[17] Vgl. statt aller Anderen Savigny Recht des Besitzes § 12 S. 194: „So hat der Fructuarius an der Sache selbst . . . gar keinen juristischen Besitz . . . : allein an seinem jus ususfructus hat er den juristischen Besitz", — dann Randa a. a. O., S. 31: „. . . so stellen sich Sach- und Rechtsbesitz . . . als innerlich gleichartige Begriffe, als Unterarten eines höheren Gemeinbegriffs dar, deren Theilungsgrund in der Verschiedenheit des Objects beruht", — und S. 515 ff.; dagegen Windscheid Pand. I. § 151: „In der That sind der Rechts- und der Sachbesitz nur Erscheinungen eines und desselben höheren Begriffs: thatsächliche Herrschaft des Willens über die Sache."

Dass diese Anschauung aber eine völlig unklare ist, muss man sofort einsehen, sobald man in die Sache nur etwas tiefer einzudringen sucht. Recht (im subjectiven Sinne) ist doch nichts anderes als der Begriff eines bestimmten Verhältnisses des Subjects zu einem anderen Subject, zu dessen Haben oder zu einem Stück der unpersönlichen Güterwelt. Ein Besitz des Rechts heisst daher soviel als ein Besitz des Verhältnisses, welches wir uns unter dem Recht vorstellen, und umfasst mithin sowohl das active wie das passive Subject und das Object dieses Verhältnisses, oder heisst soviel, als dass der Besitzer sein eigenes Verhältnis, also auch sich selbst besitzt. Das ist aber offenbar ebenso undenkbar, wie ein Eigentum am Eigentum. Gegenstand des Rechtsbesitzes ist nicht das Verhältnis, welches das Recht bezeichnet, sondern das, worauf sich das Herrschaftsverhältnis des activen Subjects bezieht, und der Rechtsbesitz unterscheidet sich von dem Sach- oder dem Eigentumsbesitz nicht in dem Gegenstande, sondern nur in dem Inhalte oder in der Art des Verhältnisses, dessen Erscheinung wir im Besitze betrachten.[18] Rechtsbesitz ist eben nichts anderes, als das Verhältnis, welches wir uns unter dem Recht vorstellen, in seiner empirischen Erscheinung, wie der Eigenthumsbesitz das Haben in seiner empirischen Erscheinung. Der Gegenstand dieses Verhältnisses kann aber offenbar nicht es selbst sein, sondern nur das, was es seinem Subjecte unterwirft. So kann denn auch beim Besitz an Bannrechten, wenn es einen solchen gibt, wie es herrschende Meinung ist, nicht das Bannrecht als solches, d. i. das Herrschaftsverhältnis des Bannherrn zu der ihm preisgegebenen Production, sondern nur die letztere selbst der Gegenstand des Besitzes sein.

Aber ist Besitz und Eigentum an einer Production, an einer Thätigkeit des Subjects, überhaupt denkbar? Man sollte meinen, was ist, müsste auch denkbar sein. Dass aber der Bannherr, der privilegirte Erfinder, der Schriftsteller und Künstler, der Inhaber eines registrirten Musters oder Modells eine bestimmte Productionsspecies thatsächlich beherrscht, kann auch die besttrainirte juristische Dialektik nicht hinwegraisonniren. Indessen bedarf der Begriff des Besitzes oder des Eigentums an einer Production noch einer genaueren Betrachtung, um als lebendige Vorstellung in unser Bewusstsein einzugehen.

Erblickt man die Factoren der Production blos in den Sachgütern und der Arbeit des Menschen, so fehlt es für die Vorstellung des Besitzes oder des Eigentums an einer Production an jedem Substrate. Beide diese Factoren gehen völlig auf in den Producten oder den neuen Gütern, welche aus deren Verbindung entstehen, und können wiederum durch ihre Verbindung die verschiedenartigsten Producte hervorbringen; sie sind daher nur Factoren des einzelnen Products in seiner concreten Existenz, nicht

[18] Vgl. Windscheid a. a. O., dann § 163: „von Rechtsbesitz redet man, wenn die thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in dieser oder jener einzelnen ihrer Beziehungen erfasst“.

der Production in ihrer Continuität und in ihrem specifischen Charakter. Weder schliesst das Eigentum an ihnen das Eigentum an der Production in sich, noch ist das Umgekehrte der Fall. Das eine Eigentum ist vielmehr von dem anderen durchaus unabhängig. Es muss also in der Production noch einen anderen, von jenen beiden verschiedenen Factor geben, welcher, indem er der Production ihre Continuität sichert und derselben ihren specifischen Charakter mittheilt, der eigentliche Träger der Production ist, und dessen Eigentum daher auch jenes der letzteren bedingt.

In der That muss man nicht gar viel suchen, um einen solchen zu entdecken.

Fassen wir die Arbeit näher ins Auge, so gewahren wir in derselben zwei Elemente: erstens ein mechanisches Element oder die Materie (ὕλη) der Arbeit, d. i. die Leistung der Muskelkraft, welche sie in Ueberwindung eines Hindernisses unmittelbar oder (bei Anwendung von Werkzeugen und Maschinen) mittelbar bethätigt, und welche lediglich quantitativ gemessen wird durch die Arbeitseinheit des Meterkilogramms, und zweitens ein technisches Element oder die Form (εἶδος) der Arbeit, d. i. die specifische Art der in derselben eingeschlossenen einzelnen Verrichtungen und der Verbindung derselben zu einem Ganzen in dem Arbeitserfolg, welche in die Kategorie der Qualität gehört und nach dem Zwecke geschätzt wird, dem jene Verrichtungen und das Ganze dienen.

Beide Elemente sind in jeder Arbeit wahrzunehmen, sowohl in der gröbsten und einfachsten, die als körperliche, wie in der feinsten und reichsten, die als geistige angesehen zu werden pflegt. Rein geistige Arbeit gibt es überhaupt in der Aussenwelt so wenig, als rein körperliche, sondern nur Arbeit, in welcher mehr das technische, und solche, in welcher mehr das mechanische Element vorwiegt. Selbst in der Arbeit des Holzhackers ist von dem quantitativen Kraftaufwande, welchen die Zerstückung der Holzstämme erfordert, zu unterscheiden die Art des Verfahrens beim Spalten und Zerstüken der letzteren, sowie die Form, welche dadurch den einzelnen Stücken gegeben wird. Und in einem wissenschaftlichen Vortrage oder einer oratorischen Leistung müssen wir unterscheiden einerseits die Summe, den Umfang und die Bewegung der durch Bethätigung der Muskelkraft der Stimmwerkzeuge hervorgerufenen Schallwellen, die wir als Laute empfinden, andererseits die specifische Articulation dieser Laute und deren Verbindung zu Wörtern und zusammenhängenden Sätzen, sowie den dadurch zum Ausdruck gebrachten Gedankeninhalt.

Die beiden Elemente sind aber offenbar verschiedenen Ursprungs. Während das Mechanische der Arbeit eine Wirkung der durch das Willensorgan in Bewegung gesetzten Muskelkraft ihres Urhebers ist, erscheint in dem Technischen derselben eine Vorstellung oder ein Complex von Vorstellungen des Letzteren, somit ein Bestandtheil seines Wissens verwirklicht. Die Arbeit ist demnach ein Product der Vorstellungen ihres Urhebers in die Leistung

seiner Muskelkraft, oder ein Product seines (psychischen) Wissens in sein (physisches) Können.

Die Leistung des Könnens geht, indem sie sich mit dem Sachgute, welches den Arbeitsstoff bildet, verbindet, in das einzelne Product über; das Wissen steht bei der Herstellung des einzelnen Products gleichsam nur Modell und wird als solches stetig benützt. Vom Können empfängt die Arbeit ihre Materie; das Wissen liefert ihr das Vorbild oder den Typus für ihre Form d. i. für die Art des hervorzubringenden Erfolgs wie für die Art des Verfahrens, wodurch dieser hervorzubringen ist, oder, mit anderen Worten, das Vorbild für das Product, welches hergestellt, und für die Art und Weise wie es hergestellt werden soll. Das Können ist also ein Factor des Products, das Wissen, welches wir substanziren und zerlegen können in die Vorstellung oder den Typus des Products und jenen der Productionsweise, ein Factor und Träger der Production, welcher die Continuität der letzteren bedingt und derselben ihren specifischen Charakter mittheilt. Das Subject des Könnens kann demnach durch die Bethätigung desselben nur Eigentum erlangen an dem Product; das Subject des Wissens oder der Typen des Products und der Productionsweise ist Herr der Production.

Das in einer Production benutzte Wissen aber ist entweder noch ein inneres oder subjectives, nur von der Person getragenes und in ihrem Innern verschlossenes, somit noch ein Attribut der Person, das aber nicht wie das Können in der Arbeit verbraucht, sondern vielmehr vergegenständlicht und selbständig gemacht wird. Oder es ist bereits ein äusseres oder objectives, in einer sinnlichen Erscheinung der Aussenwelt verkörpertes oder stofflich vergegenständlichtes, somit ein selbständiger Productionsfactor von gegenständlicher Realität. Im ersteren Falle sind die Typen des Products und der Productionsweise oder einer derselben und damit die Production als solche schon empirisch und thatsächlich in dem ausschliesslichen Haben ihres Urhebers, somit dessen Privatgut oder Gegenstand des Privateigentums; im letzteren Falle sind jene Typen und damit die Production frei erhältlich, somit Gemeingut oder Gegenstand des Gemeingebrauchs, und können Gegenstand des Privateigentums nur werden kraft gesetzlicher Verfügung, sofern das Gesetz sie dem Gemeingebrauche entzieht und einem Einzelnen überlässt.

Das blos empirische Haben der Production oder eines jener Typen fällt unter den Begriff des P r o d u c t i o n s- oder G e s c h ä f t s g e h e i m n i s s e s.[19] Dieses kann sich beziehen nicht blos auf einen neuen Güter- oder Productionstypus, sondern auch auf eine Bezugsquelle für Arbeitsstoffe oder Werkzeuge, einen Transportweg, ein Absatzgebiet für die Producte und auf mannigfache andere die Gütererzeugung oder die Verwertung der Producte fördernde Um-

[19] Ueber diesen Gegenstand s. die anregende Schrift von Brunnstein Der Schutz des Fabriks- und Geschäftsgeheimnisses (Wien 1887), in welcher auch reiches Material aus den fremden Gesetzgebungen vorgeführt ist.

stände, aus welchen der Producent, solange sie anderweitig nicht bekannt sind, Vortheil ziehen kann. Das Geheimnis schliesst ein blos empirisches ausschliessliches Haben der Kenntnis dieser Umstände in sich, welche der Aneignung seitens Anderer nur factisch, solange das Geheimnis bewahrt werden kann, widersteht, mag nun auch gegen eine treubrüchige Verletzung des Geheimnisses durch Denjenigen, dem es anvertraut worden ist, ein civil- oder strafrechtlicher Schutz gewährt sein oder nicht.[20] Einen rechtlichen Charakter gewinnt dieses Haben erst, indem das Gesetz dem Subjecte die ausschliessliche Verwertung jener Umstände gewährleistet, selbst nachdem sie allgemein bekannt geworden sind.

Denn das empirische Haben der Production oder der Typen, welche sie tragen, lässt sich eben empirisch nicht festhalten. Die in der Vorstellungs- oder Gedankenwelt des Einzelnen erzeugten und derselben angehörigen Typen treten, sobald sie stofflich vergegenständlicht werden, in die Aussenwelt hinaus und können sohin in die Vorstellungswelt jedes Anderen eingehen. Nur der Typus der Productionsweise kann, wenn ihn nicht schon das in den Verkehr gelangte Product verräth, von dem Urheber durch Geheimhaltung eine Zeit lang festgehalten werden; der Typus des Products aber wird mit der Zumarktbringung des letzteren sofort offenkundig. Das empirische Haben des Urhebers ist dann nicht mehr ein ausschliessliches; es theilen sich vielmehr mit ihm in demselben Alle, die davon Kenntnis erlangen, und es ist sohin für Jedermann zugänglich.

Da greift nun das Gesetz wahrend und sichernd ein. Der Urheber eines neuen Güter- oder Productionstypus kann, indem er sein Product zu Markt bringt, möglicherweise die Absicht haben, die damit geschaffene Production ohneweiters dem Gemeingebrauche zu überlassen. In diesem Falle hat das Gesetz keinen Anlass, den Gemeingebrauch seinetwegen zu unterdrücken, so wenig es etwa Ursache hat, den Derelinquenten einer Sache zur Festhaltung derselben zu nöthigen. Er kann aber und in der Regel wird er auch bei der Zumarktbringung des Products sein Eigentum an dem in demselben verkörperten Typus auch nach dem Uebergang des Products in fremdes Eigentum aufrechterhalten wollen. Er entäussert sich dann des einzelnen Products mit dem Vorbehalt des Eigentums an dem Typus, welchen dasselbe zur Erscheinung bringt, gleichviel ob und auf welche Weise er diesen Vorbehalt zum Ausdruck bringt oder ob derselbe nach der Verkehrssitte als ein selbstverständlicher gilt.[21] Diesem Vorbehalt sichert nun das Gesetz seine Wirkung, in-

---

[20] Ueber den äusserst ungenügenden Schutz des Fabriks- und Geschäftsgeheimnisses in Oesterreich und Deutschland s. Brunnstein a. a. O.

[21] Nicht in allen Fällen muss der Vorbehalt besonders ausgedrückt werden. Bei der Veröffentlichung von Schriftwerken z. B. gilt er seit lange als ein selbstverständlicher. Nur für den Vorbehalt des Eigentums in Ansehung der Reproduction des Werks in fremden Sprachen wird eine besondere Erklärung gefordert, ebenso (in Deutschland) für die Aufführung von veröffentlichten musikalischen Werken (vgl. oben Note 13) und für die Reproduction von Photographien.

dem es die Benutzung des in dem Producte vergegenständlichten Typus auch nach dem Uebergange des Products in den Verkehr Anderen als dem Urheber untersagt. Das Urheberrecht ist mithin nichts anderes, als eine gesetzliche Sanction des Eigentumsvorbehalts des Urhebers an dem von ihm erschaffenen Typus. Dass ein solcher Vorbehalt nicht überall besonders gefordert, sondern auch als ein subintelligibler anerkannt wird, erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Urheberrechts, vermag aber an dem Wesen desselben so wenig zu ändern, als die Verschiedenheit der Form, in welcher, und der Voraussetzungen, unter welchen die Anerkennung des Eigenthumsvorbehalts ausgedrückt wird. Mag das Urheberrecht kraft allgemeinen Gesetzes und ohneweiters, mag es erst durch die Eintragung des neugeschaffenen Typus in ein öffentliches Register oder durch die Erwirkung eines Privilegiums oder Patents erworben und mag es endlich nach vorgängiger Prüfung des Gegenstands auf seine Neuheit oder ohne eine solche Vorprüfung ertheilt werden, stets drückt sich in demselben nur die Sanction des vom Urheber vorbehaltenen Eigenthums an dem in seinem Werke zur Erscheinung gelangenden neuen Typus aus.

Dass das Gesetz das vorbehaltene Eigentum nur als ein zeitlich begrenztes anerkennt, hat seinen guten Grund und findet seine genügende Erklärung schon in der Thatsache, dass das Wissen des Urhebers, aus welchem der neue Typus erschaffen worden, nicht durchaus ein ursprüngliches, sondern zum guten Theile ein überkommenes ist, und dass somit an dem neugeschaffenen Typus auch der Gesellschaft ein Antheil zukommt.

Zu diesem durch das Urheberrecht gewahrten Productionseigentum verhält sich jenes, welches mit den Bannrechten und den Monopolen gegeben ist, wie das Immobiliar- zu dem Mobiliareigentum. Zwar lassen sich auch manche Bannrechte und Monopole auf einen ähnlichen Ursprung wie die Urheberrechte, nämlich auf den Umstand zurückführen, dass die betreffende Productionsspecies erst durch das Subject des Bannrechts bez. des Monopols geschaffen worden ist.[22] Dies ist indessen für sie durchaus nicht wesentlich. Sie beruhen vielmehr auf dem von den Herrschern der früheren Jahrhunderte oft zur Geltung gebrachten Gedanken, dass dem Staat (dem Domanium) und dem Grundherrn in ihren Gebieten nicht nur der Boden, sondern auch aller Handel und alle Industrie unterworfen seien, und dass der Gemeingebrauch derselben nur soweit gestattet sei, als sich der Staat und der Grundherr nicht den ausschliesslichen Gebrauch vorbehalte. So konnte von den Typen der Güterwelt und des Schaffens in derselben, welche, von den früheren

[22] Diese Bannrechte und Monopole kann man als Uebergangsformen betrachten, die sich zwischen die beiden Arten des Productionseigentums einschieben wie das Eigentum an städtischen Grundstücken (Gebäuden) und das Schiffseigentum zwischen das Immobiliar- und das Mobiliarsacheigentum. Die nähere Ausführung dieses Gedankens s. bei Geller Habe und Eigen, „Gerichshalle“ 1881 Nr. 10 fg.

Generationen überkommen, längst res communes omnium waren, jede beliebige herausgegriffen und unter Ausschluss des Gemeingebrauchs dem Staate oder dem Grundherrn zugeeignet werden. Das als Bannrecht und Monopol bezeichnete Productionseigentum stellt sich demnach dar als ein unmittelbar durch den Willen der Staatsgewalt geschaffenes Eigentum an einem Productionstypus, welcher sonst Gegenstand des Gemeingebrauchs sein würde.

Vom Sacheigentum unterscheidet sich hienach das Productionseigentum nur in dem Gegenstande. Dort haben wir es zu thun mit einem nebst Stoff und Arbeit auch einen bestimmten Güter- und Arbeitstypus in sich vereinigenden Gute, mit einem fertigen, unmittelbar gebrauchs- und verkehrsfähigen Producte, das seinen Wert in sich selbst trägt, insofern solcher nur abhängig ist von dem Bedürfnisse für Güter dieser Art und dem Vorrate an solchen; hier mit einem blossen Güter- oder Arbeitstypus oder einem Vorbilde für Güter, welche, oder für die Art, wie solche durch Vereinigung von Stoff und Arbeit erzeugt werden sollen, mit einem Productionsfactor, der nur das Schaffen von Gütern aus den complementären Factoren des Stoffs und der Arbeit ermöglicht, und der seinen Wert nur von diesen Gütern empfängt oder solchen nur und in dem Maasse erlangt, wenn und in welchem sich für diese Güter ein Bedürfnis einstellt.

Das Productionseigentum gewährt mithin seinem Subjecte im Gegensatze zum Sacheigentum, welches die Möglichkeit eines unmittelbaren Genusses in sich schliesst, lediglich die Möglichkeit eines Erwerbs. Wir können also den Gegenstand desselben auch als eine Erwerbsgelegenheit u. zw. je nachdem sie blos einen einmaligen oder einen stetigen Erwerb in Aussicht stellt, als eine vorübergehende oder als eine stehende, und insofern sich in dieselbe Niemand anderer mit dem Subjecte theilen kann, als eine ausschliessende Erwerbsgelegenheit bezeichnen.

(Fortsetzung folgt.)

Interessante Rechtsfälle.

Von Dr. J. Ofner.

Die Fälle, welche ich hier mittheile, beziehen sich wohl unmittelbar auf das römische Recht, haben aber dennoch lebendiges Interesse — zum Theil, weil sie noch heute anwendbar sind, da unser Recht vielfach dem römischen entspricht; zum Theil, weil sie eine so klare Erfassung des Thatbestands und seiner rechtlichen Folgen bieten, dass sie auch abgesondert von dem sie beherrschenden Gesetze belehren.

I. Der eine Fall (unus casus).

Die Institutionen, das Lehrbuch für die Anfänger im Rechtsstudium, sind, ihrem Zwecke entsprechend, leicht und einfach geschrieben. Dennoch deuten sie einen Rechtsfall an, welchen man bis heute noch nicht finden konnte, und welcher für die Theorie der Eigentumsklage wichtig ist.

In dem Titel von den Klagen nach der Eintheilung derselben in dingliche und persönliche, und nach Erklärung der vindicatio, dann der confessorischen und negatorischen Servitutenklage führen sie an:

„Die negatorische Klagsform sei bei Eigentumsstreitigkeiten nicht eingeführt; denn hier klage Derjenige, der nicht besitzt (und dem deshalb die blosse Negative nichts nützt); für den Besitzer aber (dem die Negative nützen könnte) sei keine Klage aufgestellt, durch welche er das Begehren stellen könnte: die Sache sei nicht Eigentum des Klägers (rem actoris non esse). Nur in einem Falle habe der Besitzer Klägerrolle, wie dies in den Digesten gezeigt werde werden."

Dieser eine Fall ist Gegenstand eines hundertejährigen Streits; man ist nur einig, die bisherigen Erklärungsversuche als unbefriedigend zu finden und hält namentlich den Gedanken einer Klägerrolle, welche sich gegen das Eigentum des Klägers richtet, für einen Widersinn. Ich will die Lösung aus Grundsätzen des Processrechts versuchen.

Man muss sich erinnern, dass „Klage" „Kläger" im römischen Recht (und ähnlich auch in dem unserigen) eine doppelte Bedeutung hatte. Kläger war zunächst Derjenige, der den Richter anrief, zum Rechtsstreit herausforderte (qui ad litem provocavit). Mit dieser formalen Klage, welche immer notwendig war, weil

der Civilrichter nicht von Amtswegen einschritt, war jedoch nicht nothwendig eine besondere processuale Stellung, die Klägerstellung, verbunden. Namentlich gab es gewisse Processe zweitheiliger Natur (judicia duplicia), bei welchen die Processparteien vollkommen gleiche Stellung hatten; so die drei Theilungsprocesse (Erbschafts-, Gemeinschafts- und Grenztheilung), dann die Interdicte zur Erhaltung des Besitzes.

Von den letzteren sagen die Institutionen ausdrücklich: (§. 7 de interd.) „Die Stellung beider Streittheile ist gleich und keiner ist vorzugsweise Kläger, sondern beide haben sowohl Kläger- als Geklagtenrolle."

Der letztere Ausdruck ist lehrreich. Er zeigt, dass formale Klage und Klägerrolle einander entgegenstehen können. Beide Parteien haben Klägerrolle, also auch der (formal) Geklagte für seinen Theil; und in diesem Falle haben wir denselben Gegensatz, welcher für den einen Fall vorgedacht ist: der possessor (Geklagte) hat partes actoris. Könnten wir einen Fall auffinden, dass er die actio negatoria erhält, so würde sein Begehren ohne Widerspruch lauten können: rem actoris non esse.

Der Ausdruck „Klage" hat, wie hier bereits ersichtlich wird, eine zweite processuale Bedeutung. Er bezeichnet den processualen Angriff, der sich in der Aufstellung der für den Rechtsstreit maassgebenden Rechtsbehauptung (intentio) kundgibt. Actio und intentio werden hier gleichbedeutend.

An diese Bedeutung schliesst sich dann unmittelbar die Klägerrolle, d. i. die Stellung des processualen Angreifers im Beweisverfahren. Doch muss das letztere hierbei als Ganzes aufgefasst werden, so dass namentlich der erst bei der Theilung des Beweisverfahrens in einzelne Abschnitte auftauchende Satz: excipiendo reus fit actor — nicht in Betracht kommt.

In den Lehrbüchern findet man zumeist als ersten Grundsatz des Beweisrechts angeführt: probat qui affirmat, d. h. der Kläger hat den Beweis zu führen.

Das ist aber in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der entscheidende Grundsatz ist vielmehr die melior causa possidentis; der Schutz der Vertheidigung. Der thatsächliche Bestand hat die Vermutung der Rechtlichkeit für sich; der Angegriffene erhält deshalb die vortheilhaftere, gesichertere Stellung im Processe.

Welcher Stellung diese Eigenschaft zukommt, ob der Beweisführung oder ihrem Gegensatze, das hängt von dem Beweissystem ab. Wenn, wie im römischen System, der objective Beweis der das Recht begründenden Thatsachen verlangt wird, ist der Beweis eine Last, die Beweispflicht oft gleichbedeutend mit dem Verlust des Processes. Sie fällt daher dem Kläger zu, und onus probandi, conditio vel partes actoris werden gleichbedeutend. In l. 15 D. 39, 1 heisst es dieserhalb ausdrücklich: Der Säumige (bei Untersagung eines fremden Baues) werde damit gestraft, dass er nunmehr sein Recht beweisen müsse; denn das heisse ‚die Klägerrolle einnehmen.'

Wenn dagegen, wie dies im altdeutschen Rechte der Fall war, die feierliche Beteuerung der eigenen Ueberzeugung von seinem Rechte genügt, d. h. der Beweis durch Eid und Eideshelfer, dann ist die Beweisführung ein Vortheil, ein Recht, und gebürt zunächst dem Geklagten. Die Römer finden diese Art der Beweisführung für so willkürlich, dass sie sie zumeist (vgl. Demelius „Schiedseid und Beweiseid") nur bei Vergleich zulassen und als Vergleich auffassen. Aber die processuale Natur wird dadurch nicht geändert.

Damit ist nun aber auch der Fall gefunden, in welchem in einem römischen Rechtsstreite der Geklagte den Beweis oder nach römischem Sprachgebrauche die conditio actoris erhält. Es ist der Fall, wo ausnahmsweise die herrschende Beweistheorie verlassen und der Beweis der maassgebenden Rechtsbehauptung durch Eid (jusjurandum in jure) gestattet wird. Die melior causa possidentis verlangt dann, dass der Kläger seine conditio dem Geklagten überträgt (defert), so dass dieser nunmehr in der Lage ist, conditione delata, das Gegentheil dessen, was der Kläger behauptet, einer intentio ähnlich aufzustellen, und durch Eid zu erhärten.

Von besonderem Interesse ist hiebei die Lage des Besitzers im Eigentumsstreite. Er hat, wie dies in den Digesten an zwei verschiedenen Orten dargelegt ist (l. 7 § 7 D. 6 2 und l. 11 pr. D. 12, 2), die Wahl, ob er schwören wolle: die Sache sei sein Eigentum, oder nur: die Sache sei nicht Eigentum des Klägers (rem petitoris non esse). Denn in diesem Falle trifft der Grund nicht zu, aus welchem sonst die actio negatoria versagt wird; der Geklagte hat in der Negative eine genügende Wehr gegen den Angriff des Klägers; der Unterschied zwischen seinem Eide in positiver und in negativer Form besteht darin, dass ihm, wenn er in der Folge den Besitz verliert und der einstmalige Kläger ihn erlangt, der positive Eid eine Klage gewährt, der negative nicht. Für den Ausgang des Streits, in welchem der Eid abgelegt wird, ist aber ihre Wirkung gleich.

Dies ist denn auch der Fall, welchen die Institutionenstelle meint: Der einzige Fall einer negatorischen Formel im Eigentumsstreite, abhängig davon, dass der Besitzer die Klägerrolle erhält und mit der Fassung: rem actoris non esse.

Für die allgemeine Theorie der Eigentumsklage aber ist damit die Lehre gewonnen: dass von dem Grundsatze, im Eigentumstreite könne nur der Nichtbesitzer als Kläger auftreten, auch nicht eine einzige Ausnahme besteht.

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.[1]

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

II.

Privilegiensachen.

A. Competenz in Privilegienstreitigkeiten.

1. Die Bestimmung des § 47 PrivGes. kann nur dahin verstanden werden, dass auch der Civilrichter bei Bewilligung der Vornahme eines Augenscheins oder Kunstbefundes zur Feststellung eines Privilegiumseingriffs, sowie bei Verfügung der Beschlagnahme oder anderer zweckmässiger Verwahrung die im § 44 der Strafbehörde vorgeschriebenen Vorsichten zu beobachten hat. Die Auffassung, dass nur die Strafbehörde zu derlei Verfügungen berufen sei, findet weder im § 44 noch im § 47 eine Begründung (27. Juni 1876/6192).

2. Zur Entscheidung über das von dem Privilegiumsinhaber gestellte Ansuchen, dass dem ausländischen Nachahmer die sofortige Entfernung des in einer hierländischen Ausstellung exponierten nachgeahmten Objects und die Bestellung einer Sicherheit für die ungesäumte Fortschaffung des letzteren aus dem Inlande aufgetragen werde. sind nach § 47 PrivGes. im Zusammenhange mit §§ 39 und 43 ibid. die Civilgerichte competent (3. Nov. 1875/5900).

3. Der processuelle Anspruch auf Ersatz des von einer Partei in einem administrativen Verfahren zur Wahrnehmung ihrer (Privilegiums-) Rechte gemachten Aufwands kann auf dem ordentlichen Rechtswege nicht geltend gemacht werden (15. Febr. 1887, **SpR. 134**, C. V 107).

4. Aus den §§ 39 und 43 PrivGes. kann die Berechtigung der politischen Behörden zum Abschlusse executionsfähiger Vergleiche über privatrechtliche Ansprüche in Privilegienstreitigkeiten nicht abgeleitet werden, zumal die §§ 43, 46 und 47 l. c. in Beziehung auf die privatrechtlichen Ansprüche ausdrücklich die Competenz der Gerichtsbehörden, aufrechthalten. Die vor der politischen Behörde (Bezirkshauptmannschaft) geschlossenen Vergleiche über Privilegienstreitsachen sind demnach nicht vollstreckbar (26. April 1881/8372).

B. Verfahren in Privilegienstreitigkeiten.

a) Voraussetzungen des Einschreitens.

5. Ueber das Begehren um Einstellung der ferneren Nachmachung und des ferneren Verschleisses der nachgemachten Gegenstände kann nur auf eine Klage und nach der hierüber gepflogenen summarischen Processverhandlung mit Urtheil erkannt werden (22. März 1882/8932).

6. Ebensowenig als eine Klage und ein Verbotsgesuch darf das Begehren um Einstellung des Privilegiumseingriffs und jenes um Verfügung der Beschlagnahme in Einer Eingabe cumuliert werden (22. März 1882 8932).

7. Der Nachweis des Eingriffs in ein Erfindungsprivilegium ist nicht geliefert, wenn der Erfinder lediglich darthut, dass der angebliche Nachahmer seinem Erzeugnisse die gleiche Bezeichnung wie sie das privilegierte Object trägt, beigelegt hat (3. Nov. 1875/5900).

[1] S. die Erklärung der Abkürzungen oben S. 24.

8. Dass, wenn der Eingriff erst durch Augenschein oder Kunstbefund dargethan werden soll, zur Verfügung einer solchen Beweisaufnahme nicht die einfache Behauptung einer Privilegiumsverletzung genügt, ergibt sich nicht nur vermöge des berechtigten Interesses, welches jeder Fabrikant an der Ausschliessung fremder Einsicht und Untersuchung seines Geschäftsbetriebs und seiner Erzeugungsmethoden hat, aus der Natur der Sache, sondern auch aus der im § 47 PrivGes. ausdrücklich enthaltenen Hinweisung auf den § 44, nach welchem selbst die in Privilegiumsstreitigkeiten einschreitende Strafbehörde die Vornahme eines Augenscheins oder Kunstbefunds nur, wenn hinreichende Gründe hiezu vorhanden sind, anordnen kann; und an dieser Einschränkung muss umsomehr festgehalten werden, als es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein kann, ohne genügende Gründe irgend Jemand der Untersuchung seines Hauses, seiner Werkstätte und seiner Erzeugnisse preiszugeben (23. Mai, 10. Oct. 1882/8998. 9125).

9. Den behaupteten Privilegiumseingriff durch Vornahme des gerichtlichen Augenscheins bezüglich der in den Geschäftslocalitäten des Eingriffsbelangten befindlichen Erzeugnisse erst zu e r h e b e n, kann der Civilrichter, wie sich aus der im § 43 PrivGes. enthaltenen Hinweisung auf den § 44 ibid. ergiebt, nur dann als berechtigt angesehen werden, wenn hinreichende Gründe, die Vornahme eines Augenscheins oder Kunstbefunds anzuordnen, vorhanden sind (22. Mai 1882/8932).

b) Rechtsmittel.

10. Der ausserordentliche Revisionsrecurs gegen die bewilligte Beschlagnahme sowie gegen die Anordnung einer Cautionsleistung ist unzulässig (12. Juli 1887, C. V 402).

11. Die im § 46 PrivGes. enthaltene Bestimmung, nach welcher in den Fällen, in welchen es sich um die im § 40 ibid. erwähnte Einstellung eines Privilegiumseingriffs handelt, von dem Civilrichter nach den für das summarische Verfahren in Civilrechtssachen bestehenden Vorschriften zu verhandeln und zu erkennen ist, muss vermöge des hieraus erkennbaren Zwecks der möglichsten Beschleunigung der Entscheidungen über Privilegiumsstreitigkeiten und vermöge des Zusammenhangs des § 46 mit dem nachfolgenden § 47 leg. cit. auch für den Fall einer vom Civilgerichte gemäss § 47 bewilligten Beschlagnahme oder Verwahrung eines nachgemachten oder nachgeahmten Privilegiumsgegenstands als maassgebend angesehen werden. Es erscheint demnach ein ausserordentlicher Revisionsrecurs gegen Bescheide über Beschlagnahme von Privilegiumsgegenständen als unstatthaft (26. Nov. 1879/7671).

c) Sistierung des Verfahrens.

12. Die Anordnung des § 48 PrivGes., dass es in dem Falle, wenn die Entscheidung einer vor den Civilrichter gehörigen Klage von Vorfragen abhängt, über welche das Erkenntnis dem Ministerium für Handel und Gewerbe zukommt, den Parteien obliegt, hierüber das Erkenntnis desselben zu erwirken und im Laufe des Rechtsstreits beizubringen, ist nicht erfüllbar, wenn die Entscheidung jenes Ministeriums während der Dauer des Civilrechtsstreits nicht erfolgt ist. Es kann aber in einem solchen Falle nicht als gesetzlich unzulässig erkannt werden, mit der civilgerichtlichen Entscheidung über die Eingriffsklage, wenn auch nach Inrotulierung der Acten, bis zum erfolgenden Erkenntnisse des Handelsministeriums über die bei demselben angebrachte Annullierungsklage innezuhalten und auf Anlangen des einen oder des anderen Streittheils und nach Einvernehmung des Gegners dieses Erkenntnis nachträglich zu den bereits inrotulierten Processacten zu bringen (26. April 1881/8371).

13. Derjenige, wider welchen wegen eines angeblichen Privilegiumseingriffs eine Beschlagnahme verfügt wurde, kann auf Grund der nachträglich von ihm eingebrachten Privilegiums-Annullierunsklage die Sistierung der gerichtlichen Verhandlung über die Rechtfertigungsklage des Privilegiumsinhabers nicht begehren. Denn das zu gewärtigende Erkenntnis über die Annullierungsklage, mit welchem der Eingriffsbelangte die Rechtfertigung der Beschlagnahme abwehren zu können vermeint, ist ein von dem Eingriffsbelangten, der sich dessen im Rechtfertigungsprocesse bedienen will, beizubringendes Beweismittel, die Schwierigkeit der

Beschaffung und rechtzeitigen Beibringung eines Beweismittels kann aber keinen Grund bieten, das Verfahren bis zu dessen Erwirkung zu sistieren, wofür weder im PrivGes., noch in den Vorschriften der GO. oder des Hfd. v. 6. März 1821 (JGS. 1743) ein Anhaltspunkt gegeben ist (4. Nov. 1880/8164).

d) Vorläufige Verfügungen.

14. Bei der Bemessung der behufs Erwirkung der Beschlagnahme zu legenden Caution ist der Umstand, dass die in Beschlag zu nehmenden Erzeugnisse, dadurch dass die Abnehmer dieselben bei länger dauernder Beschlagnahme sich anderweitig zu beschaffen veranlasst werden, der Gefahr der Entwertung ausgesetzt werden und die Gefährdung der Fabrikations- und Verkehrsverhältnisse des des Privilegiumseingriffs Beschuldigten, insbesondere seinen bisherigen Abnehmern gegenüber, entsprechend zu berücksichtigen. (16. Juni 1880/8019).

15. Aus dem Sinn und unzertrennbaren Zusammenhange der §§ 38, 40, 46 und 47 PrivGes. ergiebt sich zweifellos, dass die von dem Privilegiumsinhaber begehrte Einstellung der Nachmachung seiner Erfindung, dann die Einstellung des Verkaufs der unter Verletzung seines Privilegiums erzeugten Gegenstände im Wege einer provisorischen Verfügung zulässig ist (5. Nov. 1879/7642).

16. Es kann über das Gesuch des Privilegiumsinhabers nach durch Augenschein constatiertem Privilegiumseingriff der Auftrag zur Einstellung fernerer Nachmachung und ferneren Gebrauchs der nachgemachten Gegenstände ohne vorausgegangenes contradictorisches Verfahren erlassen werden. Selbstverständlich ist eine solche Verfügung lediglich als eine provisorische zu betrachten und im Wege der Klage zu rechtfertigen (9. Oct. 1883/9588).

17. Die Ausfuhr des in Beschlag genommenen nachgemachten oder nachgeahmten Gegenstands in das Ausland kann wohl bewilligt werden, jedoch nur gegen angemessene Sicherstellung, dass derselbe im österr. Staate weder gebraucht noch verkauft, sondern unverzüglich über die Grenze gebracht werde (17. Dec. 1878, Gerichtshalle 1879/49) — S. oben Nr. 2.

18. Die zum Schutze des Privilegiums vorgesehene Maassregel der „Beschlagnahme“ oder anderen zweckmässigen „Verwahrung“ bezielt, wie schon diese Ausdrücke erkennen lassen, die Verhinderung des Gebrauchs der Gegenstände der Privilegiumsverletzung und der Fortsetzung des Eingriffs, setzt folglich eine Vorkehrung voraus, welche diesen Gebrauch physisch unmöglich macht; es kann mithin ein gegen die Gebrauchsfortsetzung mit Strafandrohung erlassenes gerichtliches Verbot, da es die Fortsetzung der Privilegiumsstörung nicht hindert und dem Privilegierten den vom Gesetz ihm zugedachten Schutz nicht gewährt, unter dem Begriff der Beschlagnahme oder anderen zweckmässigen Verwahrung im Sinne der §§ 44 und 47 PrivGes. nicht subsumiert werden. (4. Mai 1870/3789).

19. Wenn die Voraussetzungen zur Anwendung der Beschlagnahme gegeben sind, so ist auch die vorläufige Untersagung des Verkehrs mit den nachgemachten Gegenständen zulässig, weil die Berechtigung zur Verhinderung der Erzeugung auch den Anspruch auf die minder weitgehende Maassregel der Verhinderung der Verbreitung in sich schliesst (27. Juni 1888, C. VI 424).

e) Einsicht in die Privilegiumsbeschreibung.

20. Auch der nach § 47 PrivGes. zur Amtshandlung über das Gesuch eines Beschädigten um Feststellung des Eingriffs in sein Privilegium und um Beschlagnahme berufene Civilrichter hat sich nach der Bestimmung des § 36 der Vollzugsvorschrift vom 5. Oct. 1852 (Vdgbl. des HM. 1852, II. Bd. Nr. 77) in Betreff der zur Herstellung des Beweises der Privilegiumsverletzung erforderlichen Einsichtnahme von der Privilegiumsbeschreibung zu benehmen. Die amtswegige Herbeischaffung der geheim gehaltenen Privilegiumsbeschreibung entspricht auch der Vorschrift des § 30 des nach § 54 PrivGes. in Privilegiumsstreitigkeiten anzuwendenden Gesetzes über den summarischen Process (11. Mai 1880/7980).

21. Die Vorschriften des Summarprocesses, nach welchen bei Privilegienstreitigkeiten vorzugehen ist, haben blos in Bezug auf die formelle Streitverhandlung Geltung, während die sonstigen Vorschriften desselben, insoweit sie die Rechte der Parteien betreffen, durch den officiösen Charakter des Verfahrens in Privilegiumsstreitigkeiten und die Vorschriften über die Geheimhaltung der Privilegien

eine Aenderung erleiden. Es ist demnach der wegen Eingriffs in ein geheim zu haltendes Privilegium Belangte die Mittheilung einer Abschrift der vom Kläger beigebrachten Privilegiumsbeschreibung anzusprechen nicht berechtigt', umsoweniger, als nach § 36 der Vollzugsvorschrift zum PrivGes. selbst im Civilprocesse das Recht der Einsicht in die Privilegiumsbeschreibung nicht den Parteien, sondern nur dem Gerichte und auch diesem nur insoweit zusteht, als dieselbe der Processentscheidung zugrunde gelegt werden muss (14. Sept. 1880/8090).

22. Da nach § 41 PrivGes. bei allen Streitigkeiten in Privilegiumsangelegenheiten, also auch bei der nach § 47 ibid. begehrten civilrichterlichen Verfügung der vorläufigen Beschlagnahme, die Entdeckung, Erfindung oder Verbesserung nur nach der mit dem Privilegiumsgesuche eingelegten Beschreibung zu beurtheilen ist, so muss diese Beschreibung in allen Fällen, in welchen die Entscheidung von dem Inhalte der Privilegiumsbeschreibung abhängt, ohne Rücksicht auf deren Geheimhaltung zugrunde gelegt werden. Da nun der Privilegiumsinhaber ausdrücklich die Vornahme des Augenscheins und Kunstbefunds zur Constatierung des behaupteten Eingriffs in sein Privilegium begehrt hat, der infolge dessen gerichtlich bewilligte und abzugebende Befund der Sachverständigen über die ebenfalls auf Ansuchen der Privilegiumsinhabers requirierte Privilegiumsbeschreibung der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden soll; da ferner der Beweis durch Sachverständige in Ermanglung anderer Vorschriften nur nach den Vorschriften des 17. Cap. der GO. vorgenommen werden kann, nach § 195 aGO. (§ 267 wGO.) aber bei dem Augenscheine beiden Theilen freihsteht, den Kunstverständigen Erinnerungen zu machen, die sie nötig finden, so muss zu diesem Behufe die Einsicht der Privilegiumsbeschreibung dem Belangten ebenso gestattet sein, wie sie den Sachverständigen zur Abgabe ihres Befundes gewährt werden muss (24. Jan. 1882/8848).

C. Ansprüche aus Privilegiumseingriffen.

a) Begriff des Privilegiumseingriffs.

23. Zum Vorhandensein des Privilegiumseingriffs ist keineswegs eine vollkommene Identität, sondern blos eine Aehnlichkeit des Erzeugnisses erforderlich (16. Juni 1880/8019).

b) Entschädigungsanspruch.

24. Der Umstand, dass die Lieferung eines privilegierten Objects auf Bestellung einer öffentlichen Behörde erfolgt ist, befreit den Lieferanten, welcher nicht Eigentümer des betreffenden Privilegiums ist, keineswegs von der Verpflichtung zur Leistung des Schadenersatzes an den Privilegiumsinhaber, wenn auch die Behörde das Anbot des Letzteren zur Lieferung des privilegierten Objects abgelehnt hatte (21. Jan. 1874/5230).

25. Als Basis für die Entschädigung des durch die (bestellte) Lieferung des privilegierten Objects seitens eines Andern in seinem Privilegiumsrecht Verletzten ist jener Betrag anzunehmen, welchen der Privilegiumsinhaber als Gewinn erzielt hätte, wenn ihm unter gleichen Bedingungen die Bestellung übertragen worden wäre. Wenn man dieser Ansicht nicht folgt, so beschränkt sich der ganze Privilegienschutz auf die im PrivGes. festgesetzte Strafe und von einem Schadenersatz für die Verletzung des geistigen Eigentums der Erfindung wird kaum je die Rede sein können. Das Privilegium sichert aber und schützt nach § 21 leg. cit. den ausschliessenden Gebrauch der Erfindung und Entdeckung, welche durch das Privilegium, durch die Möglichkeit, aus der Erfindung vermögensrechtliche Vortheile zu ziehen, ein Theil des Vermögens des Privilegierten wird. Während nun der Erfinder sich nicht nur für die fabriks- oder gewerbsmässige Ausführung der privilegierten Idee, sondern auch für diese letztere selbst bezahlen lässt, ist natürlich der Nachahmer unter gleichen Verhältnissen, weil er für die Erfindung nichts beansprucht, die Waare billiger zu liefern imstande und es könnte sich jeder Nachahmer die Einwendung, dass der Besteller bei ihm und nicht bei dem Privilegiumsinhaber bestellen wollte, dass demnach dem Letzteren durch die Lieferung seitens des Nachahmers kein Schaden erwachsen könne, dadurch sichern, dass er einen billigeren Preis als der Erfinder stellt, der auf den Gewinn der Erfindung nicht verzichten will, wodann der Käufer aber, der die Waare lieber

billiger erwerben will, wenn ihm beide Anbote zukommen, die Bestellung nicht bei dem Erfinder, sondern bei dem Nachahmer machen wird (21. Jan. 1874/5230).

D. Entschädigungsanspruch aus ungerechtfertigter Beschlagnahme.

26. Derjenige, wider welchen eine ungerechtfertigte Beschlagnahme auf Grund angeblichen Eingriffs in ein Privilegium vorgenommen wurde, muss, um seinen Anspruch auf Schadenersatz nach §§ 1295 und 1323 bGb. zu begründen, Dolus oder Culpa auf Seite des Privilegiumsinhabers nachweisen. Der Umstand, dass die Beschlagnahme in dem Rechtfertigungsprocess nicht als gesetzlich begründet erkannt wurde, genügt für sich allein noch nicht, um das Recht zu einem Schadenersatz darzuthun, weil der § 47 PrivGes. demjenigen, der sich in seinem Privilegium für beeinträchtigt hält, das Recht giebt, die Beschlagnahme der Maschinen und Erzeugnisse des vermeintlichen Rechtsverletzers zu begehren, daraus aber, dass jemand von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Grenze, also mit Beobachtung der vom Gesetze vorgeschriebenen Formalitäten Gebrauch macht, nach § 1305 bGb. dem Andern, wenn er auch einen Schaden erlitten hat, das Recht, den Ersatz desselben zu fordern, noch nicht erwachsen ist (19. Sept. 1861/1389).

E. Execution auf Privilegienrechte.

27. Da das Privilegium auf einer besonderen, vom § 18 PrivGes. vorgesehenen, durch den Minister für Handel und Gewerbe ausgestellten Verleihungsurkunde beruht, welche nach § 53 der Vollzugsvorschrift zu dem gedachten Gesetze vom 5. Oct. 1852 (Vdgbl. des HM. 1852, II. Bd. Nr. 77) im Falle der Nichtigerklärung oder Erlöschung von amtswegen abzunehmen ist, so ist nach den geltenden Normen für Executionsacte auf unkörperliche Vermögenschaften, welche beurkundet sind, und mit Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 314 und 342 aGO. (§§ 415 und 554 wGO.) und der §§ 427, 449, 450 und 452 bGb., die durch den Gerichtsvollzieher vorgenommene Zustellung des vom Executionsführer erwirkten Pfändungsbescheides an den exequierten Privilegiumsinhaber in Verbindung mit der Abnahme und Transferierung der betreffenden Privilegiums-Verleihungsurkunde und mit der Errichtung einer diese Acte und die genaue Bezeichnung des mit Pfand belegten Objects darstellenden, dem Gerichte vorgelegten Relation unzweifelhaft als eine genügende und, abgesehen von dem Zeitpunkte der Anmerkung im Register des Privilegienarchivs, die Verwirklichung des bewilligten executiven Pfandrechts bereits begründende Erwerbungsart zu betrachten (6. März 1871/4081).

28. Die Rechte welche dem in Oesterreich wohnhaften Patentinhaber aus demselben verliehenen ausländischen Erfindungsprivilegien und Patenten zustehen, gehören nach den österr. Gesetzen zu dessen beweglichem Vermögen und können daher wie bewegliche Sachen gepfändet werden. Die Anmerkung der Pfändung auf die in Händen eines Dritten befindlichen Patente kann nur unter Zustimmung des Letzteren vorgenommen werden. Wegen Vollzugs der Anmerkung in den betreffenden Registern bei den auswärtigen Patentämtern hat der Executionsführer das Erforderliche selbst vorzukehren (1. Dec. 1886, C. V 172).

Literarische Notizen.[1]

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die vom Bundesrathe berufene Commission. Nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig. J. Guttentag (D. Collin) 1888.

Erst dieser Entwurf zeigt in exacter Weise, welche Reflexwirkungen von dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich auf die verschiedenen Gebiete des gegenwärtig in Deutschland geltenden Rechts ausgehen, und zeigt uns gleichzeitig, wie meisterhaft die Commission, die freilich die hervorragendsten Gelehrten und Praktiker in sich vereinigt, die Gesetzestechnik beherrscht. Mancher Vorwurf, der gegen den Entwurf des Gesetzbuchs erhoben worden, wäre verstummt, wenn mit jenem Entwurf gleichzeitig auch der des Einführungsgesetzes veröffentlicht worden wäre. Das Einführungsgesetz zerfällt in vier Abschnitte, von welchen der erste allgemeine Vorschriften enthält, die beiden folgenden das Verhältnis des Gesetzbuchs zu den Reichs- und zu den Landesgesetzen bestimmen, und der letzte endlich die notwendigen Uebergangsbestimmungen trifft. In den Motiven (S. 61—314) ist abermals ein Schatz gereifter wissenschaftlicher und praktischer Erfahrung niedergelegt, welchen nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch das Studium und die Praxis nutzen können. Welches immer das Schicksal des im Entwurfe nun vollständig fertig vorliegenden Gesetzeswerks sein möge — wir wünschen vom Herzen, dass es, mit den notwendigen Verbesserungen recht bald lebendiges Gesetz werde — die Redactoren haben sich für alle Fälle ein Monument gesetzt, auf welches noch künftige Geschlechter mit Stolz blicken werden.

Russische Rechtskunde. Systematische Darstellung des in Russland geltenden Privat-, Handels- und Strafrechts, sowie des Processes. Nach dem neuesten Stande der Quellen bearbeitet von Dr. C. E. Leuthold. Leipzig, Duncker und Humblot. 1889.

Jedermann wird das Buch mit grossem Interesse lesen und dem Verfasser Dank wissen für die vielfache Belehrung und Anregung, die es bietet. Das Recht Russlands, eines Reichs mit 100 Millionen Einwohnern, das unmittelbar an Deutschland und Oesterreich grenzt, war bisher den Deutschen so ziemlich eine terra incognita. Das vorliegende Buch gewährt uns eine so klare Uebersicht über und einen so tiefen Einblick in dasselbe, dass wir es in seinem ganzen Umfange und mit all' seinen Eigenthümlichkeiten kennen lernen und uns so ein genaues Bild von dem gesammten Rechtszustande Russlands — mit Ausnahme des nicht behandelten Staats- und Verwaltungsrechts — machen können. Die Darstellung, die unmittelbar aus den Quellen schöpft, beschränkt sich weder auf allgemeine Umrisse, noch verliert sie sich in unwesentliche Einzelheiten; sie erfasst überall das Wesen der Sache, zeichnet die vorgeführten Rechtsinstitutionen so treu und weiss überdies den ungeheuren Stoff so übersichtlich zu ordnen, dass wir in der That von dem Gegenstande eine klare Anschauung gewinnen. Ein sorgfältiges, nach der Buchstabenfolge geordnetes Sachregister ermöglicht es jedem, der nicht die Zeit hat, das ganze Buch zu studieren, sich auch über einzelne Punkte Aufschluss zu verschaffen.

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien I., Bauernmarkt 11, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

Ueber Vorstellung, Wille und Handlung als Elemente der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. Drei Abhandlungen von Paul Bünger. Berlin und Leipzig. J. Guttentag (D. Collin) 1888.

Die Schrift besteht aus drei selbständigen aber innerlich zusammenhängenden Abhandlungen über Vorstellung und Wille als Elemente der subjectiven Verschuldung, über die Selbstbestimmung des verbrecherischen Willens und das Causalitätsgesetz und über Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. Die Gedanken, welche der Verfasser in diesen Abhandlungen in naturwissenschatlicher Methode entwickelt, sind tief durchdacht und für die Erkenntnis des Strafrechts von grundlegender Bedeutung. Das Studium der Schrift bietet eben so köstlichen Genuss als reiche Belehrung.

Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Von Adolf Wach. Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für B. Windscheid zum 22. December 1888. Leipzig, Duncker und Humblot, 1889.

Eine gründlichere, erschöpfendere und belehrendere Untersuchung über Natur und Wesen, Voraussetzungen und Wirkungen des Feststellungsanspruchs oder, wie solcher bei uns noch genannt wird, der Präjudicialklage, als die vorliegende Schrift hat die deutsche Processrechtsliteratur nicht aufzuweisen. Die kleine Monographie kann als ein wahres Cabinetsstück deutscher Darstellungskunst und deutscher Wissenschaftlichkeit bezeichnet werden. Sie ist ihrer Bestimmung als Festgabe für Windscheid würdig. Bei der Anzeige dieser Schrift darf vielleicht dem Wunsche Ausdruck gegeben werden, dass es dem Verfasser gegönnt sein möge, sein grosses Handbuch des Deutschen Civilprocessrechts bald der Vollendung zuzuführen.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

34.

Zeitliche Collision der Gesetze: Einflusslosigkeit des Gesetzes vom 26. Mai 1888 über Beschränkung der Execution auf Bezüge aus Privatdiensten auf vor dessen Inkrafttreten erworbene Rechte.

(E. 16. Oct. 1888, Z. 11.957.)

Die vom 1. R. bewilligte Aufhebung der dem A gegen B mit dem Bescheide vom 5. Juni 1888 bewilligten executiven Einantwortung der dem Letzteren gegen das fürstlich L'sche Rentamt zustehenden Pensionsforderung jährlicher 300 fl. wurde vom OLG. dahin beschränkt, dass die bewilligte Aufhebung der executiven Einantwortung erst mit dem Tage der erfolgten Bewilligung und unbeschadet der vom Recurrenten vom Tage der bewilligten Einantwortung bis zur Aufhebung derselben erworbenen Rechte in Wirksamkeit zu treten habe, weil nach Art. V des Gesetzes vom 26. Mai 1888 (RGB. 75) nur die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes auf die in den Art. I und II bezeichneten Bezüge erwirkten Verbote, insoweit sie mit den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht vereinbar erscheinen, auf Antrag des Schuldners aufzuheben sind, diese Bestimmung sich jedoch auf die bereits erworbenen Executionsrechte nicht erstreckt, und daher dem Ansuchen um Aufhebung der executiven Einantwortung gar nicht stattzugeben war, welche jedoch wegen des beschränkten Recurses nur auf die oben angedeutete Weise eingeschränkt werden konnte.

Den Revisionsrecurs des B fand der OGH. unter Verweisung auf den klaren Wortlaut des Art. V des Ges. vom 26. Mai 1888 (RGB. 75) und darauf, dass dieses Gesetz nicht am Tage seiner Kundmachung in Wirksamkeit trat, abzuweisen.

35.

Oertliche Collision der Gesetze: Unwirksamkeit des in dem Processe eines nach österr. Recht processunfähigen Oesterreichers von einem ausländischen Richter gefällten Urtheils in Oesterreich.

(E. 13. Nov. 1888, Z. 10373.)

Der Gekl. B hatte die wider ihn vom Vormunde seines ausserehelichen Kindes erhobene Vaterschaftsklage unter Hinweis auf ein gegen ihn desshalb von der Kindesmutter E bei einem schweizerischen Gerichte erwirktes Urtheil zurückgelegt. Dem Rückerlage wurde keine Folge gegeben aus folgenden höchstrichterlich gebilligten o. g. Gründen: Nach § 4 bGb. bleiben österreichische Staatsbürger auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, an die für Oesterreich geltenden Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. Im vorliegenden Falle wird nun E nach den vom Gekl. bezogenen Urkunden, dem Beschlusse der Züricher Appellationskammer vom

13. Oct. 1884, dem Erkenntnisse des BG. in Zürich vom 7. Febr. 1885 und der Appellationskammer daselbst vom 12. März 1885 für eine österreichische Staatsbürgerin gehalten; dieselbe war bei der Verhandlung vor dem Züricher Bezirksgerichte 21 Jahre alt, somit nach dem österreichischen Gesetze minderjährig, stand als solche gemäss des in Oesterreich geltenden Gesetzes unter dem besonderen Schutze der Gesetze, hatte nicht die volle Handlungsfähigkeit, konnte demnach keine rechtswirksame Handlung vornehmen, und war, da weder ihre Entlassung aus der väterlichen Gewalt, noch die Grossjährigkeitserklärung mit Altersnachsicht behauptet wurde, zu ihrer Vertretung vor Gericht nicht berechtigt (§§ 21, 152 und 187 bGb.). Ferner ist aus den Erkenntnissen der Züricher Gerichtsbehörden nicht zu entnehmen, dass für das Kind A ein demselben bestellter Vormund, welchem zur Verhandlung vor den schweizerischen Gerichten in Sachen der Vaterschaft des Kindes die vormundschaftsbehördliche Einwilligung ertheilt worden wäre, eintrat (§§ 190, 233 bGb.). Bei dieser Sachlage sind die durch die minderjährige E vor den schweizerischen Gerichtsbehörden vorgenommenen Handlungen, da sie als österreichische Staatsbürgerin zu ihrer Vornahme nicht für sich und umsoweniger für das Kind nach den österreichischen Gesetzen persönlich fähig war, im österreichischen Staatsgebiete rechtlich unwirksam, die nach denselben geschöpften Erkenntnisse der Züricher Gerichte können hierlands gemäss des oben angeführten Rechtsgrundsatzes des § 4 bGb. keine rechtlichen Folgen hervorbringen. Hiedurch ist der Rechtsstreit über die in Rede stehende Vaterschaft nicht entschieden und die vom Gekl. erhobene exceptio rei judicatae hat vorliegend nicht statt.

36.

Verjährung urtheilsmässig zuerkannter Zinsen. — 2. Wirkung der ratenweisen Zahlung auf den Bestand einer verzinslichen Forderung. — 3. Oppositionsklage wegen theilweiser Erlöschung der Urtheilsschuld.

(E. 5. Dec. 1888, Z. 11.116.)

A hatte gegen B ein diesen zur Zahlung von 950 fl. sammt 10 Percent Zinsen per Monat (120 Percent pro anno) seit 16. Oct. 1876, dann von 12 fl. 70 kr. Gerichtskosten verurtheilendes Erkenntnis vom 30. Jänner 1877 und auf Grund desselben die exec. Einantwortung eines Drittels der Pensionsbezüge des B erwirkt. Nachdem er inzwischen 1258 fl. 62 kr. eincassiert hatte, erhob B gegen ihn Klage und begehrte die Aufhebung der Execution, eventuell das Erkenntnis, dass die Forderung bis auf den Betrag von 80 fl. 94 kr. erloschen sei, indem er ausführte, dass durch die von A eincassierten 1258 fl. 62 kr. zunächst das Capital von 950 fl. abgestattet wurde, und dass von dem Reste per 308 fl. 62 kr. die Gerichts- und Executionskosten per 19 fl. 26 kr. getilgt wurden, und dass der Gekl. den Ueberschuss von 289 fl. 35 kr. auf seine 120 Percent Zinsen genommen habe. Da nun jene Zinsen, welche dem Gekl. für die Zeit vom Eintritte der Rechtskraft des obigen U. bis vor drei Jahren vom Klagstage nach und nach entstanden sind, in Gemässheit des § 1480 bGb. verjährt seien und nach § 13 des Gesetzes vom 28. Mai 1881 (RGB. 47) die bis 30. Jänner 1877 noch fälligen Zinsen auf das gesetzliche Maass zurückgeführt werden müssen, so sei die Forderung des Gekl. ganz oder wenigstens bis auf einen Betrag von 80 fl. 94 kr. erloschen, welcher durch die bei der Militärintendanz erliegenden Raten per 120 fl. 60 kr. gedeckt sei. Der 1. R. wies die Klage dermalen ab. Das OLG. aber erkannte: Durch das dem Gekl. eingeantwortete Drittel der kl. Pension und die ihm hievon zugekommenen 1258 fl. 62 kr. sei das ihm mit U. vom 30. Jänner 1877 zugesprochene Capital per 950 fl. als bezahlt anzusehen, die von diesem Capital per 950 fl. bis zur Rechtskraft des U. am 24. Februar 1877 erwachsenen und die vom Tage der Capitalszahlung fälligen dreijährigen Zinsen des stufenweise abbezahlten Betrags, endlich die zugesprochenen Gerichts- und Executionskosten seien bis auf einen Betrag von 84 fl. 76 kr. als getilgt zu betrachten und das dem Gekl. aus dem erwähnten U. gegen den Kl. zustehende Executionsrecht sei nach Bezahlung von 84 fl. 76 kr. als erloschen anzusehen. Gründe: Da der Kl. behauptet, dass das auf das U. vom 30. Jänner 1877 gegründete Recht des Gekl. durch im Wege der Execution auf seine Pension erfolgte Abzüge erloschen sei,

ist bei Entscheidung dieser Rechtssache der Umfang und die Art dieser Zahlung auf das sorgfältigste zu untersuchen. Das bezogene U. bezeichnet die Schuld des Kl. mit 950 fl. an Capital, zehnpercentigen monatlichen Zinsen vom 16. Oct. 1876 und 12 fl. 70 kr. Gerichtskosten, wobei zu bemerken ist, dass die jährliche Zinsenleistung 1100 fl. ausmacht, daher das Capital übersteigen würde. Aus diesem Grunde ist die Frage von entscheidender Wirkung, welche Annahme bei ratenweiser Abzahlung in Ansehung von Capital und Zinsen bestehe, da nach § 1416 bGb. die Vermutung für die vorläufige Zinsenzahlung einträte, in diesem Falle aber bei der unerhörten Höhe der Zinsen und bei kleinen Abzahlungsraten das Capital gar nie zur Zahlung gelangen würde. Die von dem Gekl., wie er zugiebt, selbst unterfertigte Urkunde vom 26. Juni 1885, welche nach § 113 GO. zweifellos gegen ihn beweiswirkend ist, lässt unbedingt erkennen, dass bei den sehr geringen monatlichen Abzügen am 1. Juli 1883 das Capital per 950 fl. und an Kosten die urtheilsmässigen Gerichtskosten per 12 fl. 70 kr., sowie die Kosten der Executionsbewilligung per 6 fl. 56 kr., zusammen 969 fl. 26 kr. abgestattet waren und in diesem Zeitraume und mit diesen Beträgen auch abgestattet werden wollten. Erst am 1. Juli 1883 ab berechnet Gekl. bis 1. Mai 1885 eine Ableistung von 289 fl. 36 kr. als Zinsenabstattung. Es wurde daher nach der Urkunde eine Abstattung von 1258 fl. 62 kr. geleistet, was auch mit der vom Gekl. beigebrachten Bestätigung der Rechnungsabtheilung der k. k. Intendanz des II. Corps ddto. Wien, 9. October 1886, bis auf 7 kr. übereinstimmt. Die weitere Erörterung ist dahin zu richten, in welchen Beträgen die Forderung des heutigen Gekl. bestand, wobei vom Capital und den Kosten per 19 fl. 26 kr. keine Rede mehr sein und es sich nur um die Zinsen handeln kann. Hiebei tritt vor allem die Frage heran, wie weit in Rücksicht des Zinsenlaufs die mit Bescheid vom 28. April 1877 bewilligte Execution sich erstreckt. Der Kl. hält dafür: bis zur am 24. Febr. 1877 eingetretenen Rechtskraft des U., der Gekl.: fortlaufend ohne Begrenzung bis zur Tilgung der Schuld. Wird in Erwägung gezogen, dass nach § 298 GO. die Execution nur dann eintreten kann, wenn der urtheils- oder vergleichsmässigen Verpflichtung nicht nachgekommen worden ist, dass für in Zeiträumen fällig werdende Zahlungen eine Execution und auch deren Bewilligung sich nur auf die verfallenen nicht bezahlten, nicht aber auf künftige Raten, von denen eben nicht gewiss ist, ob sie nicht freiwillig bezahlt werden, beziehen kann, so ergiebt sich die weitere Frage, ob die Executionsbewilligung sich nicht wenigstens bis zum 28. April 1877, als dem Tage der Executionsbewilligung erstrecke. Allein auch dieses kann nicht angenommen werden, weil es sich bei Zinsen, deren einzelne Fälligkeitstermine nicht ausgesprochen sind, nicht von selbst versteht, dass jeder Tag auch der entsprechende Fälligkeitstermin sei, die JMVdg. vom 21. Juli 1858 (RGB. 105) darauf hinweist, dass bei urtheilsmässig zugesprochenen Zinsen die kürzere Verjährungsfrist derselben nach § 1480 bGb. mit der Rechtskraft dieses Urtheils beginnt, daher die allgemeine Rechtsregel der Verjährung nur bis zu diesem Zeitpunkte des Zinsenlaufs sich erstreckt, derselbe demzufolge für die Beurtheilung der Zahlungspflicht von Zinsen entscheidend ist, und weil es der jetzige Geklagte und auch das bewilligende Gericht unterlassen hat, jene Grenze zu bestimmen, bis zu welcher der Zinsenausstand in Execution gezogen werden solle. Bei diesem Sachverhalte aber muss im Sinne des § 915 bGb. die dem Verpflichteten günstigere Anschauung platzgreifen und müssen den Berechnungen des Kl. gemäss die Zinsen als bis zur Rechtskraft des U., also bis 24. Febr. 1877 in Execution gezogen, angenommen werden. Das beträgt vom 16. Oct. 1876 bis 24. Febr. 1877 132 Tage zu 120 Percent, nach Angabe des Kl. 412 fl. 28 kr., aber über Einwendung des Gekl. richtig berechnet 418 fl., darauf bezahlt 289 fl. 36 kr., verbleiben sonach noch ausständig zu Gunsten des Gekl. 128 fl. 64 kr. Zur Erlöschung der Executionsrechte aus einem gerichtlichen U. genügt es jedoch nicht, die Zahlung, soweit die geführte Execution reicht, auszuweisen, es muss auch nachgewiesen sein, dass überhaupt jede Schuld getilgt sei. Da nach dem Voraufgeführten der Zinsenlauf bis 24. Febr. 1877 als eingefordert anzunehmen ist, so bedurfte es nach der bezogenen MVdg. und nach §§ 1333 und 1334 bGb. einer neuerlichen Mahnung, um den Beginn der Verjährung der aushaftenden Zinsen zu unterbrechen. Dass fortwährend und bis 1. Juli 1883 Capitalsraten und vom 1. Juli 1883 bis 1. Mai 1885 Zinsenraten bezahlt

wurden, sowie dass diese Zinsenraten auf den Beginn der Verzinsung am 16. Oct. 1876 zurückzuführen sind, geht aus der erwähnten Urkunde hervor, welche die Zinsenzahlung erst am 1. Juli 1883 beginnen läst und aus dem Executionsgesuche vom 27. April 1877, sowie den Anführungen des Kl., welcher selbst nicht angiebt, an Capital oder Zinsen ausser den Pensionsabzügen irgend etwas bezahlt zu haben. Vom 24. Febr. 1877 ab ist demnach der Zinsenbezug gemäss § 1480 bGb. verjährt bis zu jenem Tage, bis zu welchem von der am 18. Dec. 1885 eingereichten Klage drei Jahre zurückgerechnet, also bis 18. Dec. 1882, oder, wie Kl. rechnet, bis anfangs Dec. 1882, also bis 1. December 1882. An diesem Tage aber betrug das Capital nach des Gekl. eigener Anführung in der Urkunde 75 fl. 64 kr. oder, wie Kl. anführt, 74 fl. 64 kr. und die Aufzeichnungen eben dieser Urkunde ergeben hievon zu entrichtende Zinsen 24 fl. 72 kr. bis 1. Juli 1883; der Kl. wäre daher zu obigen 128 fl. 64 kr. restlicher Zinsen noch schuldig 24 fl. 72 kr. an weiteren Zinsen, also 153 fl. 36 kr. Mit der an das k. k. Corpscommando gerichteten, von diesem am 27. October 1885 erledigten, nicht datierten Eingabe will der Gekl. dem heutigen Kl. einen Zinsennachlass von 10 Percent auf 8 Percent, wohl monatlich zu verstehen, gewähren und muss dieser Nachlass, der sehr unbestimmt ausgesprochen ist, auch für die vergangene Zeit verstanden werden, da die Undeutlichkeit der Urkunde zufolge § 915 bGb. zweifellos dem Gekl. zur Last anzurechnen ist, und es keine besondere Erleichterung für den Kl. gewesen wäre, wenn dieser Nachlass sich nur auf den kleinen Betrag von 24 fl. 72 kr. erstreckt hätte. Der Nachlass berechnet sich aber von den Gesammtzinsen per 418 fl. und 24 fl. 72 kr., zusammen 442 fl. 72 kr. auf 88 fl. 54 kr., wonach 353 fl. 38 kr. verbleiben, von welchen die eingezahlten Zinsen per 289 fl. 36 kr. abgezogen sich noch ein Abgang von 64 fl. 2 kr. zu Gunsten des Gekl. ergiebt. Der Kl. beruft sich nun auch bezüglich des Restes darauf, dass auch der nicht bestehe, weil das Gesetz vom 28. Mai 1881 (RGB. 47) zurückwirkend sei, und bei so enormen Zinsenbeträgen die freie Beweiswürdigung jedenfalls zu seinen Gunsten sprechen würde, nach welcher dem Gekl. nicht 8 Percent per Monat, sondern nur 6 Percent für das Jahr zugute zu rechnen wären. Dieser Anschauung kann aber nach dem klaren Wortlaute des § 13 des obigen Gesetzes nicht beigestimmt werden. Endlich hat der Gekl. das Aushaften noch weiterer Gerichtskosten eingewendet, welche zufolge der vorgelegten Beilagen mit 20 fl. 74 kr. sich beziffern, so dass auf die volle Tilgung der Schuld des Kl. noch 84 fl. 76 kr. fehlen würden, und es nach dem strengen Wortlaute des Hfd. vom 22. Juni 1836 (JGS. 145) § 2 nicht zulässig erschiene, den Kl. jeder weiteren Haftpflicht zu entbinden. Wird in Erwägung gezogen, dass der Kl. behauptet, auch für das Capital per 950 fl. kaum 400 fl. erhalten zu haben, dass der Gekl. dieser Behauptung wohl widerspricht, es aber unterlässt anzuführen, dass Kl. vielmehr die volle Summe oder welchen niederen Betrag erhalten habe, dass hier jedenfalls eine enorme Ausbeutung des Schuldners vorliegt, so muss es als ein im Rechte und in der Billigkeit gegründetes Begehren des Kl. angesehen werden, dass er endlich über dieses so schwere Schuldverhältnis ins Klare komme und sich von dieser Schuld loslöse. Im Grunde dieses dringenden Interesses des Kl. muss es als in den Umständen gerechtfertigt erkannt werden, dass über das Aufhören dieses Schuldverhältnisses auch ein rücksichtlich eines geringfügigen Betrags bedingtes Urtheil gefällt werde, welches übrigens den noch bestehenden Rechten des Gekl. nicht schaden kann. Aus diesem Grunde musste das erstr. U. abgeändert und der Spruch nach dem Begehren des Kl. gefällt werden.

Ueber die Revisionsbeschwerde des Gekl. fand der OGH. das o. g. U. theilweise abzuändern und zu erkennen: Durch das dem Gekl. eingeantwortete Drittel der kl. Pension und den ihm hievon zugekommenen Betrag von 1258 fl. 62 kr. sei das ihm mit U. vom 30. Jänner 1877 zugesprochenen Capital per 950 fl. als bezahlt anzusehen, die von diesem Capitale bis inclusive 28. April 1877 erwachsenen und die vom Tage der Capitalsabstattung fälligen dreijährigen Zinsen des stufenweise abbezahlten Betrags, endlich die zugesprochenen Gerichts- und Executionskosten seien bis auf den Betrag per 346 fl. 53 kr. als getilgt und das dem Gekl. aus dem erwähnten U. gegen den Kl. zustehende Executionsrecht sei nach Bezahlung des Betrags per 346 fl. 53 kr. als erloschen zu betrachten. Gründe: Insoweit Gekl. zur Begründung, dass das erstr. U. wiederherzustellen

sei, darauf sich bezieht, dass die Oppositionsklage, und als solche erscheine die Klage, ihrem Wesen nach nur dann statthaft sei, wenn im Momente der Einbringung das Forderungsrecht gänzlich erloschen sei, so muss dem entgegengehalten werden, dass vom gesetzlichen Standpunkte kein Hindernis obwaltet, auch urtheilsmässig feststellen zu lassen, was von einem Schuldner über die schon geleisteten Abstattungen zum Zwecke der Aufhebung des Executionsrechts rücksichtlich Tilgung noch zu leisten sein wird, wenn zwischen ihm und dem Gläubiger eine Meinungsverschiedenheit obwaltet. Mit Recht hat ferner der obere Richter angenommen, dass aus dem allegierten, vom Gekl. für echt und von ihm herrührend anerkannten Tilgungsplan sich ergiebt, dass die Theilzahlungen aus den dem Kl. als ehemaligen Rittmeister zukommenden Gebüren auf Abschlag des Capitals und Gerichtskosten angenommen und dass er, um die Verjährung der Zinsen hintanzuhalten, nach § 1480 bGb. und JMVdg. v. 21. Juli 1858 (RGB. 105) sich zu benehmen hatte, und dass, da er es unterliess, jedenfalls die mehr als dreijährigen, vom Klagstage zurückgerechneten Zinsen verjährt seien; allein dies kann nur von den vom 29. April 1877 und nicht auch von den von der Rechtskraft des der Execution zugrunde gelegten U. bis inclusive 28. April 1877 laufenden Zinsen gelten, da für letztere laut des Executionsbescheids vom 28. April 1877 die Execution infolge der damals schon eingetretenen Fälligkeit bereits bewilligt ward. Gekl. hat ferner erst in der an das k. k. fünfte Armeecorps-commando gerichteten Eingabe ddto. 27. Oct. 1885 erklärt, dass er dem Kl. einen Zinsennachlass von 10 Percent auf 8 Percent monatlich gewährt, als freiwillige Gestattung und mit Rücksicht darauf, dass er dabei offenbar den unverkürzten Bezug der von ihm beanspruchten Zinsen im Auge gehabt haben konnte, könnte die Reduction überhaupt nur bei den von diesem Tage fällig gewordenen Zinsen vorgenommen werden. Es war das o. g. U. daher auch in dieser Beziehung abzuändern. Und mit Rücksicht darauf ergiebt sich daher, indem im Weiteren auf die o. g. Gründe hingewiesen wird, dass dem Kl. an den Gekl. noch eine Leistung im Betrage von 346 fl. 53 kr. obliegt.

37.

Grunddienstbarkeit oder persönliches Gebrauchsrecht?

(E. 18. April 1888, Z. 4049.)

Die A als Besitzerin des Hauses Nr. 3 klagte wider die Eheleute B als Besitzer des Hauses Nr. 2 auf Anerkennung, dieselben seien schuldig zu gestatten, dass in dem Keller ihres Hauses Nr. 2 der rückwärtige Raum in der Ausdehnung von zwei Klaftern durch eine versperrbare Bretterwand auf Kosten der Kl. abgeschlossen werde, und sie seien schuldig, der Kl. sowie deren Mutter C, solange Letztere das Haus Nr. 3 an Stelle der Tochter bewohnt, den Zugang zu dem Keller behufs Unterbringung von Getränken und Vorräten in den vorbezeichneten rückwärtigen Raum zu gestatten und den Kellerschlüssel einzuhändigen. Der 1. R. hat dem Klagebegehren, soweit mit demselben verlangt wurde, dass die Gekl. schuldig seien, der Kl. sowie deren Mutter C, solange Letztere das Haus Nr. 3 bewohnt, den Zugang zu dem Keller behufs Unterbringung von Getränken und Vorräten in den vorbezeichneten rückwärtigen Raum zu gestatten, resp. zu ermöglichen, stattgegeben, dasselbe jedoch in seinen übrigen Punkten abgewiesen. Das OLG. wies die Klage gänzlich ab. Gründe: Was die einzelnen Punkte des Klagebegehrens und des erstr. U. betrifft, so musste vor allem jener Theil des letzteren, mit welchem das Begehren auf Aushändigung des Kellerschlüssels abgewiesen wurde, unberührt gelassen werden, da der Kl. in der Appellation ausdrücklich erklärte, dass er sich hiegegen nicht beschwere. Insoferne der 1. R. das Klagebegehren auf Gestattung des Abschlusses des rückwärtigen Theils des Kellers des Hauses Nr. 2 in der Ausdehnung von zwei Klaftern mittelst einer auf Kosten der A aufzustellenden versperrbaren Bretterwand abweist, erscheint diese Abweisung gerechtfertigt, und war mit Verwerfung der kl. Appellation das erstr. U. in diesem Punkte zu bestätigen. Denn in dem diesfalls massgebenden Artikel III des Kaufvertrags vom 20. April 1867 ist weder ein ausschliessliches Benützungsrecht, geschweige denn ein derartiges Abschliessungsrecht des in Rede

stehenden Kellerraums den Verkäufern und rücksichtlich den Besitznachfolgern des Hauses Nr. 2 vorbehalten oder eingeräumt worden. Mag man nun die hier in Rede stehende Servitut als eine Grunddienstbarkeit nach § 473 bGb. oder als eine persönliche Dienstbarkeit nach § 504 bGb. ansehen, immer ist die Bestimmung des § 484 bGb. massgebend, nach welchen Servituten nicht erweitert werden dürfen. Eine solche Erweiterung wäre es aber, wenn der in Frage stehende Kellerraum nicht blos gemäss Artikels III obigen Vertrags zur Aufbewahrung von Getränken und anderen Gegenständen benützt, sondern durch Abschliessung desselben die Eigentümer der dienstbaren Sache von jedem Zutritte zu demselben abgehalten werden würden. Der 1. R. hat wohl jenem Theile des Klagebegehrens, mit welchem beansprucht wird, dass die Gekl. der Kl. A, sowie deren Mutter C, solange Letztere das Haus Nr. 3 an Stelle der Tochter bewohnt, der Zugang zu dem Keller behufs Unterbringung von Getränken und Vorräten in dem rückwärtigen Raume des Kellers des Hauses Nr. 2 zu gestatten haben, stattgegeben. Allein in diesem Punkte erscheint das erstr. U. nicht gerechtfertigt, es musste in Stattgebung der Appellation der Gekl. dasselbe in diesem Punkte abgeändert, auch dieser Theil des Klagebegehrens, somit der ganze Klageanspruch abgewiesen werden. Was die Natur der in Rede stehenden Dienstbarkeit betrifft, so kann auch, abgesehen davon, dass auch bei Feld- und Hausservituten nach § 485 bGb. das Recht auf eine andere Person, als den eigentlichen Berechtigten, das ist den Eigentümer des herrschenden Guts nicht übertragen werden kann, der Ansicht des 1. R., dass hier eine Grunddienstbarkeit vorliege, nicht beigepflichtet werden. Dieser Anschauung entspricht weder die allgemeine Bestimmung des § 473 bGb., da wohl nicht behauptet werden kann, dass die Aufbewahrung von Getränken und anderen Gegenständen in einem fremden Keller zur vortheilhaften oder bequemen Benützung eines Grundstücks gehört, noch auch eines der in den §§ 475 bis 477 bGb. aufgeführten Beispiele. Die in Rede stehende Servitut ist vielmehr als eine dem jeweiliger Eigentümer (Besitzer) des Hauses Nr. 3 eingeräumte persönliche Dienstbarkeit des Gebrauchs im Sinne der §§ 504 bis 506 bGb. anzusehen, wozu noch kommt, dass die von den Gekl. gegebene Erklärung für die in Rede stehende Servitutsbestellung, dass zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags vom 20. April 1867 die Verkäufer auf dem Hause Nr. 3 ein Wirtsgeschäft betrieben und einen Theil des anstossenden Hauses Nr. 2 zur Aufbewahrung von Getränken benötigten und benützten, während schon seit geraumer Zeit das Wirtsgeschäft nicht mehr betrieben wird, von dem Kl. nicht widersprochen wurde. Ist nun die in Rede stehende Dienstbarkeit des Gebrauchs eine persönliche, so darf das Recht zu deren Ausübung von dem Berechtigten an keinen Anderen übertragen werderen. Der Berechtigte ist in vorliegendem Falle zweifellos die minderjährige A als derzeitige Besitzerin des Hauses Nr. 3. Dieselbe bewohnt und bewirtschaftet dieses Haus nicht, übt die Servitut nicht aus, befindet sich in Wien im Dienstverhältnisse als Kellnerin, wie geklagterseits behauptet, klägerischerseits nicht widersprochen wurde. A wurde auch von den Gekl. niemals in der Ausübung des Rechts der Benützung des Kellers des Hauses Nr. 2 in der in Art. III des Kaufvertrags vom 20. April 1867 bestimmten Weise gehindert, deren Recht hiezu wird von den Gekl. nicht bestritten, vielmehr ausdrücklich anerkannt. Es fehlt daher, was die A betrifft, jeder Klagegrund auf Anerkennung der von den Gekl. ohnedies nicht bestrittenen Dienstbarkeit, und erscheint sonach das Klagebegehren in Ansehung derselben nicht begründet (§ 523 bGb.). Was aber die C, die Mutter der A betrifft, so erscheint der Klagsanspruch in Ansehung derselben nicht zulässig. Denn der Umstand, dass dieselbe, da ihre Tochter, die Besitzerin des Hauses, abwesend ist, das Haus Nr. 3 mit Wissen und Zustimmung ihrer Tochter bewohnt und daselbst wirtschaftet, berechtigt sie nicht, an Stelle ihrer Tochter die Benützung des Kellers des Hauses Nr. 2 für ihre Person in Anspruch zu nehmen, da sie nicht als Bedienstete oder Beauftragte der A erscheint, ihr vielmehr von Letzterer nur Haus und Wirtschaft zur eigenen Besorgung überlassen wird und ihr nach dem bereits citierten § 507 das nur der A als Hausbesitzerin zustehende Recht von dieser nicht übertragen oder überlassen werden kann.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: In dem Kaufvertrage vom 20. April 1867 haben sich die Verkäufer des Hauses Nr. 2, die Besitz-

vorgänger der heutigen Kl. A, für sich und ihre Nachfolger im Besitze des Hauses Nr. 3 das Recht zur Benützung eines Theils des Kellers des verkauften Hauses vorbehalten und es wurde dementsprechend auch von den Käufern das Recht eingeräumt, dass das diesfällige Benützungsrecht auch für die Besitznachfolger des Hauses Nr. 3 bücherlich eingetragen werde. Hieraus ergibt sich, dass dieses Benützungsrecht nicht lediglich den Verkäufern für ihre Person, sondern zur besseren und bequemeren Benützung des Hauses Nr. 3 zugestanden wurde, dass die diesfällige Servitut eine Grunddienstbarkeit im Sinne des § 473 bGb. ist. Es wird dies von dem Gekl. selbst dadurch anerkannt, dass sie die Servitutsberechtigung der Kl., die eben auch nicht die nach dem Vertrage berechtigte Person, sondern Besitznachfolgerin ist, zugestehen, und es spricht auch der Umstand, dass früher in dem Hause Nr. 3 ein Wirtsgeschäft betrieben wurde, für die Auffassung der Servitut als Grunddienstbarkeit, weil es wohl im Interesse und in der Intention der Verkäufer des Hauses Nr. 2 gelegen war, mit dem ihnen verbleibenden Hause Nr. 3 dauernd eine Berechtigung zu verbinden, durch welche auch bei eintretender Besitzveränderung der Betrieb des Wirtsgeschäfts in diesem Hause Nr. 3 ermöglicht oder erleichtert wird. Diese Servitut ist daher eine mit dem Besitze des Hauses verbundene Berechtigung und kann sonach von denjenigen Personen ausgeübt werden, welchen die Benützung des Hauses zusteht; es erscheint also das Begehren der Kl., dass ihre Mutter den Keller benützen dürfe, begründet, weil sie diese als diejenige Person bezeichnet, welche das Haus an ihrer Stelle bewohnt, und weil durch die in Rede stehende Benützung seitens der Mutter nicht eine Uebertragung der Servitut, sondern eine gesetzlich zulässige Art der Ausübung derselben geschieht. Es entspricht auch die Fassung, in welcher der 1. R. diese Berechtigung anerkannt hat, der Sach- und Rechtslage, damit das Recht der C eben nur für jene Zeit anerkannt wird, als sie an Stelle ihrer Tochter das Haus bewohnt, und hiedurch über die Frage, ob die Kl. berechtigt ist, dieses Verhältnis zu lösen, nicht abgesprochen wird.

38.

Rechtliche Natur und Umfang des in der Gewährung einer besonderen Wohnung bestehenden Altentheils (Ausgedings): Wohnungsrecht oder Fruchtgenuss?

(E. 12. Sept. 1888, Z. 8081.)

A hatte seinem Vater B bei der Uebernahme des ihm von diesem abgetretenen Bauernhofs ein besonderes Gebäude zur Bewohnung und einen Platz im Hofraume zur Benutzung für Wirtschaftsgeräte u. s. w. als lebenslängliches Ausgedinge eingeräumt und erhob nun, nachdem B seine Tochter C und deren zwei Kinder D und E zu sich genommen hatte, wieder B und C Klage auf Anerkennung: 1. Es stehe dem B das Recht nicht zu, in seinem Ausgedingsraume seine Tochter C nebst ihren zwei Kindern D und E zu beherbergen und deren Hausrat daselbst aufzubewahren und 2. es stehe der C in gleicher Weise das Recht nicht zu, auf dem besagten Grunde im Ausgedingsgebäude allein oder mit ihren Kindern zu wohnen und ihre Fahrnisse daselbst zu bewahren, sie sei daher schuldig, mit ihrer Familie und ihren Habseligkeiten das Ausgedingsgebäude zu verlassen. Dagegen wendeten die Gekl. ein, dass B das volle Recht habe, seine Tochter nebst ihren zwei Kindern bei sich im Ausgedingsgebäude zu behalten und zwar einmal deshalb, weil er die C, da er und seine Gattin alt und kränklich und zur Arbeit untauglich seien, zur Verrichtung ihrer häuslichen und wirtschaftlichen Arbeiten ins Ausgedingsgebäude zu sich genommen habe, und zweitens deshalb, weil ihm keineswegs blos das persönliche Wohnungsrecht im Ausgedingsgebäude, sondern vielmehr die Fruchtniessung des Ausgedingsgebäudes zustehe. Der 1. R. wies die Klage ab. Gründe: Die erstere Einwendung des Gekl. ist unstichhältig; denn es lässt sich nicht leugnen, dass, wie auch die Klagsseite richtig hervorhebt, der Bedarf an Wirtschaftskräften bei einem Ausgedinger ein äusserst geringer ist, und dass die (zweite) bei ihren Eltern wohnende 22jährige Tochter, deren Kränklichkeit von keiner Seite behauptet wird, zur Unterstützung der Eltern im Haushalte und insbesondere zu deren persönlicher Pflege zureiche.

Ebenso ist natürlich, dass Niemand eine verheiratete Person mit zwei Kindern zu dem Zwecke aufnehmen wird, damit dieselbe ihre Dienstgeber pflege, sie in ihrer Arbeit unterstütze und in der Hauswirtschaft Gesindedienste verrichte. Ohne Rücksicht auf die zweite Einwendung der Gekl. würde sonach die Berechtigung des Gekl. B, die C sammt ihren zwei Kindern bei sich im Ausgedinge wohnen zu lassen, zu verneinen sein, obwohl sich nicht verkennen lässt, dass den Eltern nicht das Recht genommen werden kann, ihrer leiblichen Tochter, welche von ihrem Manne verlassen wurde, in Zeiten der Not, welcher Umstand allerdings von Seite der Gekl. nicht einmal behauptet wird, vorübergehend Unterstand zu geben. Anders gestaltet sich jedoch die Entscheidung durch Lösung der Frage, ob dem Abtreter B an dem Ausgedingsgebäude das höchst persönliche Wohnungsrecht oder der seiner Ausübung nach übertragbare Fruchtgenuss zustehe. Die in dieser Hinsicht maassgebende Bestimmung des Vertrags räumt nun dem Abtreter an dem Ausgedingsgebäude das Ausgedingsrecht ein. Es ist nun nicht zu leugnen, dass diese Bestimmung des Abtretungsvertrags vom Standpunkte der Terminologie unseres Gesetzes, welches ein Ausgedingsrecht als specifisches Recht nicht kennt, eine undeutliche ist, und dass daher nach den in dem Gesetze normierten Auslegungsregeln zu beurtheilen sein wird, welches Recht dem Abtreter an dem Ausgedingsgebäude eingeräumt wurde. Schon der Umstand, dass dem Abtreter das Ausgedingsrecht ohne Einschränkung an dem ganzen Ausgedingsgebäude überlassen wurde, würde bei unbefangener Erwägung der Bestimmungen des § 521 bGb. dazu führen, dass durch den in Rede stehenden Absatz 9 des Abtretungsvertrags eher die Fruchtniessung des Ausgedingsgebäudes, als die Servitut des Gebrauchs von dem Wohngebäude stipuliert werden sollte. Abgesehen davon ist jedoch durch die Bestimmung des § 915 bGb. eine positive Gesetzesbestimmung für die Auslegung dieser wegen ihrer Undeutlichkeit streitigen Vertragsbestimmung gegeben. Nachdem es sich nemlich im vorliegenden Falle um einen zweiseitigen Vertrag handelt, der auf der einen Seite die Leistung des Ausgedings, auf der andern Seite die Abtretung der Wirtschaft zum Gegenstande hat, so ist diese undeutliche Aeusserung zum Nachtheile Desjenigen, der sich durch den Vertrag zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung verpflichtet hat, zu erklären (arg. § 861 bGb.). Ist daher ein Zweifel, ob unter der Einräumung des Ausgedingsrechts am Ausgedingsgebäude die Servitut des Gebrauchs oder der Fruchtniessung zu verstehen sei, so ist nach den eben erwähnten gesetzlichen Auslegungsregeln die Servitut der Fruchtniessung zu interpretieren. Der Umstand, dass im Absatz 11 des Abtretungsvertrags der Grundwirt verpflichtet ist, die Ausgedingsubicationen im guten Zustande zu erhalten, im Falle eines Brandes wieder aufzubauen und alle Steuern und Lasten von diesem Ausgedinge zu tragen, steht der Auffassung, dass in dem Abtretungsvertrage für den Vater die Fruchtniessung stipuliert wurde, nicht entgegen; denn einen Widerspruch (§ 914 bGb.) enthält der Vertrag im Hinblicke auf diese Bestimmungen auch infolge der obangeführten Interpretation nicht, indem die Bestimmungen der §§ 512 und 513 bGb. blos für den Fall platzgreifen, als zwischen den Parteien etwas anderes nicht vereinbart wurde; wenn aber, wie im vorliegenden Falle, vertragsmässige Bestimmungen getroffen wurden, so gehen diese den gesetzlichen voraus, ohne dass der Grund und das Wesen der Fruchtniessung alteriert würde. Aus den angeführten Gründen wurden daher die Kl. mit ihrem Klagebegehren abgewiesen.

Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren. Gründe: Die in der vorliegenden Klage gestellte Schlussbitte umfasst zweierlei Begehren, wovon das erste den Erstgekl. B, das zweite die Mitgekl. C betrifft. Was das letztere Begehren betrifft, so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass dasselbe insoferne darin um das Erkenntnis gebeten wird, der C stehe das Recht, im Ausgedingsgebäude allein oder mit ihren Kindern zu wohnen und ihre Fahrnisse daselbst zu bewahren, nicht zu, begründet sei, denn C kann ein solches Recht weder aus dem Gesetze noch aus einem Vertrage ableiten, sie behauptet auch nicht, dass ihr ein selbständiges Wohnungsrecht in dem Ausgedingsgebäude zusteht, vielmehr stützt sie ihr factisches Mitbewohnen dieses Ausgedingsgebäudes blos auf das angebliche Recht ihres Vaters, als des eigentlichen Ausgedingsberechtigten, das Ausgedingsgebäude ohne alle Einschränkung zu geniessen und sich zu seiner Pflege und Bedienung nach seinem Gutdünken Dienstboten halten

zu können. Es ist somit das im zweiten Theile der Klagsschlussbitte gestellte Begehren, dass der Zweitgekl. das Recht nicht zustehe, in dem Ausgedingsgebäude allein oder mit ihren Kindern zu wohnen und ihre Fahrnisse daselbst zu bewahren, begründet und war daher demselben unbedingt stattzugeben. Allein auch das im ersten Theile der Klagsschlussbitte gestellte Begehren, dass dem Erstgekl. das Recht nicht zustehe, in dem Ausgedingsgebäude seine Tochter C nebst ihren zwei Kindern zu beherbergen und deren Hausrat daselbst aufzubewahren, und dass er schuldig sei, dies anzuerkennen, sowie auch das im zweiten Theile der Klagsschlussbitte gestellte weitere Begehren, dass die Mitgekl. C schuldig sei, mit ihrer Familie und ihren Habseligkeiten das Ausgedingsgebäude zu verlassen, muss als begründet anerkannt werden; denn B stützt dieses sein vermeintliches Recht einestheils auf die Behauptung, dass er wegen seines hohen Alters und wegen seiner Kränklichkeit die Mitgekl. C zu seiner Pflege und Bedienung benötige und anderntheils auf den Umstand, dass ihm nach dem Heirats- und Abtretungsvertrage ddo. 5. Juni 1886 die Fruchtniessung des Ausgedingsgebäudes gebüre, und dass er infolge dessen berechtigt sei, dasselbe nach seinem Belieben auch von dritten Personen mitbewohnen und mitbenützen zu lassen. Was nun die erste Behauptung anbelangt, dass nämlich B berechtigt sei, die C mit ihren zwei Kindern in dem Ausgedingsgebäude aus dem Grunde zu beherbergen, weil er dieselbe wegen seines hohen Alters und wegen seiner (Kränklichkeit) Gebrechlichkeit zur Pflege und Bedienung benötigt, so hat schon der 1. R. in den Entscheidungsgründen zu dem angef. U. dieselbe als unbegründet bezeichnet und dieser Ansicht muss auch o. g. beigestimmt werden, wenn erwogen wird, dass B seine zweite, 22 Jahre alte, somit zur Pflege und zur Arbeit vollkommen geeignete Tochter bei sich hat, hiedurch für seine Pflege und Bedienung hinreichend gesorgt und das Bedürfnis nach einem zweiten Dienstboten nicht vorhanden ist, zu welchem sich überdies C mit Rücksicht darauf, dass sie ihre zwei unmündigen, im Alter von 5 und 4 Jahren stehenden Kinder bei sich hat, gar nicht eignen würde. Aber auch der zweite vom Erstgekl. zur Begründung seines vermeintlichen Rechts angeführte Umstand, dass ihm nemlich die Fruchtniessung des Ausgedingsgebäudes zustehe, ist unbegründet. Eine Fruchtniessung des Ausgedingsgebäudes an Seite des B lässt sich weder aus dem Vertrage, noch aus dem Gesetze ableiten. Die im 9. Vertragsabsatze vorkommende Bestimmung, dass dem Abtreter als Ausgedinge das ganze Ausgedingsgebäude gebüre, bez. das Wörtchen „ganz" bezieht sich auf das Object des Ausgedings und nicht auf die Person des Ausgedingers und wurde damit blos ausgedrückt, dass dem Abtreter alle im Ausgedingsgebäude befindlichen Räumlichkeiten zur Benützung überlassen werden, keineswegs aber, dass ihm die Benützung derselben ohne alle Einschränkung zustehe. Eine gleichartige Bestimmung, nemlich mit Vorsetzung des Wörtchens: „ganz" enthält der das Ausgedinge des B normierende 9. Vertragsabsatz auch bezüglich der anderen Ausgedingsbestandtheile, namentlich der kleinen Scheuer und des oberen Gartens, ohne dass desshalb angenommen werden könnte, dass dem Ausgedinger die Fruchtniessung dieser Ausgedingsbestandtheile im Sinne des § 509 bGb. eingeräumt werden wollte. Es kann auch nicht mit Grund behauptet werden, dass der 9. Vertragsabsatz in Beziehung auf das Wohnungsausgedinge eine Undeutlichkeit enthalte, welche, wie der 1. R. meint, gemäss § 915 bGb. zu Ungunsten der Kl. ausgelegt werden musste. Der eben citierte Vertragsabsatz ist vielmehr ganz klar und deutlich abgefasst, indem in demselben genau ausgesprochen ist, welche Ausgedingsbestandtheile der Ausgedinger zur Gänze, und welche er nur mit einem bestimmten Theile, z. B. die Hälfte des Streifens neben dem Ausgedingsgarten, vom Gemüsegarten der dritte Theil etc. zu benützen habe. Aus dem Vertrage lässt sich somit das Recht des Erstgekl. auf Fruchtniessung des Ausgedingsgebäudes nicht ableiten. Aber auch im Gesetze ist dasselbe nicht begründet. Denn das Ausgedinge, wie dasselbe bei den Bauernwirtschaften in Mähren besteht, kann nicht ohneweiters nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Servituten beurtheilt werden, wenn auch in demselben Rechtsverhältnisse enthalten sind, welche den Servituten, namentlich jener des Gebrauchs ähnlich sind; das Ausgedinge hat vielmehr die Natur einer in bestimmten Giebigkeiten bestehenden lebenslänglichen Rente und steht immer, namentlich was das Wohnungsausgedinge anbelangt, dem Ausgedinger nur für

seine Person zu, er ist nicht berechtigt die Ausgedingswohnung, mag dieselbe blos in einem Wohnungsraume im Hauptgebäude oder in einem separaten Ausgedingsgebäude bestehen, an eine dritte Person abzutreten oder die Mitbenützung derselben ohne Zustimmung des Grundwirten einer dritten Person zu gestatten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze kann nur in jenem Falle als zulässig anerkannt werden, wenn der Ausgedinger wegen seines hohen Alters oder wegen seiner Gebrechlichkeit eine Person zu seiner Pflege und seiner Bedienung benötigt, in welchem Falle ihm das Recht, eine Person zu seiner Pflege und Bedienung zu sich zu nehmen, zugestanden werden muss. Hiefür ist aber im vorliegenden Falle bereits vorgesorgt, da, wie bereits oben erwähnt wurde, B in seiner zweiten, bereits erwachsenen, zur Pflege und Arbeit vollkommen geeigneten Tochter die erforderliche Pflege und Bedienung im hinreichenden Maasse gefunden hat. Es kann aber auch die Berechtigung des Erstgekl., seine verheiratete Tochter C nebst ihren zwei unmündigen Kindern und ihrem Hausrate bei sich zu haben, aus der Rücksicht, dass er derselben als Vater in ihrer hilflosen Lage einen Zufluchtsort auf eine gewisse Zeit gewährt hätte, nicht anerkannt werden, denn C ist nicht vermögenslos, sie besitzt nach eigener Angabe das Alleineigentum an dem Bauerngrunde Nr. 52 in H und kann von den Erträgnissen desselben mit ihrer Familie leben, ohne diesfalls die Beihilfe ihres Vaters in Ansehung der Wohnung in Anspruch nehmen zu müssen. Aus diesen Erwägungen musste das Klagebegehren in beiden Theilen als begründet erkannt, demzufolge der Appellation der Kl. stattgegeben und das erstr. U. in der obigen Weise abgeändert werden.

Der OGH. stellte über die Revision der Bel. das erstr. U. aus dessen der Sachlage und dem Gesetze vollkommen entsprechenden Gründen wieder her.

39.

Umfang des Pfandrechts in objectiver Hinsicht: Anspruch des bei der Meistgebotvertheilung leer ausgegangenen Hypothekars auf die Brandschadenvergütung.

Vgl. Bd. VI Nr. 335. 487 u. Nachw.

(E. 5. Dec. 1888, Z. 13948.)

Vor der executiven Schätzung des Bauernhofs x des B waren dessen Wirtschaftsgebäude abgebrannt worden, worauf die Bauarea nebst dem Material versteigert wurde. Der bei der Meistgebotvertheilung leer ausgegangene Hypothekar A begehrte nun wider den Executen B und den Versicherungsverein N das Erkenntnis: Der dem Besitzer des Bauernhofs x für die zu demselben gehörigen und abgebrannten Wirtschaftsgebäude zugefallene und als liquid anerkannte Schadenersatzbetrag per 1406 fl. gehöre in die dem B gehörige Executionsmasse, sei zu Gericht zu erlegen, und dem Versicherungsvereine N sei aufzutragen, derselbe habe den Brandschadenersatzbetrag von 1406 fl. binnen einer von Amtswegen zu bemessenden Frist zu Gericht zu erlegen. Diesem vom 1. R. abgewiesenen Begehren wurde vom OLG. insofern stattgegeben, als erkannt wurde, dass der dem Besitzer der Realität x für die zu dieser Wirtschaft gehörigen und abgebrannten Gebäude zugefallene und als liquid erkannte Schadenvergütungsbetrag per 1406 fl. in die Executionsmasse wider B gehöre und unter die aus dem Meistbote nicht befriedigten Hypothekargläubiger nach deren bücherlichen Rangordnung zu vertheilen komme, somit zu diesem Zwecke binnen einer vom 1. R. zu bestimmenden Frist bei Gericht zu erlegen sei; in Erwägung, dass gemäss Hfd. vom 18. Juli 1828 (JGS. 2354) die von Versicherungsgesellschaften zu leistenden Brandschadenversicherungsbeträge allerdings weder durch Verbot oder Executionen dem Zwecke des Wiederaufbaues der durch Feuer beschädigten Gebäude entzogen werden dürfen, dass dieser Verordnung die darin ausgesprochene Absicht zugrunde liegt, dass diese Vergütungsgelder unfehlbar dem erwähnten Zwecke gemäss zur Herstellung der beschädigten Gebäude verwendet und dass insbesondere die Hypothekargläubiger im entgegengesetzten Falle nicht an ihren Pfandrechten verkürzt werden; dass ferner mit Hinblick auf die rechtskräftig vollzogene executive Feilbietung der versichert gewesenen Gebäude der Execut aus dem Besitze derselben

gekommen, somit nicht mehr in der Lage ist, die Versicherungssumme zu dem angegebenen Zwecke der Wiederherstellung dieser Gebäude zu verwenden; dass ferner, nachdem laut des Schätzungsprotokolls zur Zeit des Vollzugs der executiven Schätzung die zu dem Executionsobjecte gehörigen und versichert gewesenen Gebäude bereits durch deren am 22. Sept. 1887 stattgefundenen Brand eingeäschert waren und somit lediglich die Brandstätte geschätzt worden ist, auch bei der executiven Feilbietung am 14. März 1888 lediglich diese Brandstätte sammt den dazu gehörigen Grundstücken nach Maassgabe des Schätzungsprotokolls von Y meistbietend erstanden worden ist, dieselbe somit einen Anspruch auf die noch nicht erhobene Brandschadenvergütung nicht hat; dass ferner bei dieser Sachlage der oberwähnte „entgegengesetzte“ Fall eingetreten ist, in welchem der Aufbau der durch Brand beschädigten Gebäude durch den Executen nicht mehr stattfinden kann, und die bei der Berechnung des für die Brandstätte sammt Grundstück erzielten Meistbots leer ausgegangenen Gläubiger in ihren Pfandrechten verkürzt worden sind, diese nach dem Sinne der obcitierten Verordnung aber allen anderen Ansprüchen gegenüber in Schutz genommen werden müssen und auf den noch aushaftenden Brandschadenvergütungsbetrag nach Maassgabe ihrer bücherlichen Rangordnung den nächsten Anspruch haben; dass endlich auch gemäss § 30 der Statuten des Versicherungsvereins N im Falle des gerichtlichen Verkaufs eines abgebrannten Gebäudes und der damit erfolgten Ausschliessung des Executen vom Wiederaufbaue desselben bei dem Bestande von Hypothekarschulden die Brandschadenvergütung zu Handen der bücherlichen Gläubiger zu Gericht zu erlegen ist.

Ueber den Revisionsrecurs des A und des B fand der OGH. die angef. o. g. E. zu bestätigen; denn was den letzteren Recurs betrifft, so ist er nicht berechtigt und hat das OLG. seinen Ausspruch entsprechend begründet. Denn was vor allem die Legitimation des A betrifft, kann diese nicht bezweifelt werden, da seine Forderung per 2000 fl. auf der im Executionswege veräusserten Realität x sichergestellt ist und es dermal nicht zu entscheiden kommt, ob er seinerzeit nach dem Freiwerden des vorbehaltenen Bedeckungscapitals per 6700 fl. zur Befriedigung kommen wird. Allerdings bestimmt des Hfd. vom 18. Juli 1828 (JGS. 2354), dass die den Inhabern assecurierter Gebäude von den Feuerassecuranzanstalten zu leistenden Brandschadenvergütungen durch Cession ihrem Zwecke zur Wiederherstellung der durch Feuer beschädigten Gebäude nicht entzogen werden dürfen und auch von der Verpfändung ausgeschlossen sind, womit auch das Interesse der Hypothekargläubiger gewahrt wird, damit die Hypothek nicht entwertet wird; und bestimmt auch der § 29 der Statuten des Versicherungsvereins N, bei welchem die Realität x versichert war, dass vor allem der Grundsatz zu gelten habe, dass die Schadenersatzbeträge nur vor allem zum Wiederaufbaue des versicherten Gebäudes verwendet werden, und solange Eigentum des Vereins bleiben, solange sie nicht dem Zwecke ihrer Verwendung zugeführt und zum Wiederaufbau wirklich verwendet worden sind. Obwohl nun der vom OLG. citierte § 30 der Statuten auf den vorliegenden Fall nicht passt, so erscheint die angef. E., durch welche der gerichtliche Erlag des Versicherungsbetrags ausgesprochen wurde, deshalb gerechtfertigt, weil die zur Realität x gehörigen Gebäude noch vor der executiven Schätzung derselben niedergebrannt waren, so dass bei derselben nur die Bauarea und das Materiale im Ganzen mit 265 fl. bewertet wurden, und da die executive Feilbietung auf Grund des Schätzungsprotokolls vorgenommen wurde, hat die Ersteherin Y nicht den Anspruch auf die zum Wiederaufbau der abgebrannten Gebäude ermittelte Entschädigung und erscheint auch der Execut nicht berechtigt, den Ersatzbetrag zum Baue der ihm nicht mehr gehörigen Gebäude zu verwenden, vielmehr ist dieser Betrag ein solcher, auf welchen die leer ausgegangenen Tabulargläubiger den nächsten Anspruch haben. Bei dieser Sachlage erscheint der Revisionsrecurs des B nicht gerechtfertigt und liegt ein solcher des Versicherungsvereins N nicht vor. Aber auch der a. o. Revisionsrecurs des A, der nur deshalb ergriffen wurde, weil in der o. g. E. nicht ausdrücklich aufgenommen wurde, dass B und der Versicherungsverein N den Betrag per 1406 fl. zu erlegen haben, weil sein Gesuch und sein Recurs gegen diese beiden rubriciert war, hat keine Berechtigung, da das OLG. blos im Principe ausgesprochen hat, dass der Versicherungsentschädigungsbetrag

in die Executionsmasse des B gehöre, zu Gericht zu erlegen sei und dem k. k. BG. überliess, zu bestimmen, wer den Betrag zu erlegen habe, wodurch der Instanzenzug gewahrt wurde, indem gegen die Erledigung der ersten Instanz der Recursweg offen steht.

40.

Zugehör: Fortbestand und Geltendmachung des Pfandrechts an den nach der Pfändung zum fundus instructus einer Liegenschaft gewidmeten Fahrnissen.

(E. 2. Oct. 1888, Z. 11.696.)

A begehrte die Ausscheidung der bei der executiven Schätzung des Guts x für B gegen C als fundus instructus mitgeschätzten Fahrnisse aus dem Schätzungsprotokolle, weil er diese Fahrnisse noch zu einer Zeit, da B noch nicht Eigentümerin des Guts x war, gepfändet hatte. In den Vorinstanzen wurde das Gesuch abgewiesen. Der OGH. trug dem 1. R. auf, die Identität der in dem Schätzungsprotokolle vom 27. und 28. Juni 1887 als fundus instructus bezeichneten Fahrnisse mit den laut Protokoll vom 11. Sept. 1883 gepfändeten Fahrnissen zu untersuchen, sohin aber eine neue Entscheidung zu fällen, „weil die in dem zuletzt erwähnten Protokolle angeführten Mobilien zur Zeit der Pfändung das Zugehör eines unbeweglichen Guts nicht gebildet haben; weil diese Fahrnisse dadurch, dass deren Eigentümerin das von derselben gepachtete Gut erworben hat, nicht zum Zugehör dieses Guts geworden sind; weil die Eigentümerin dieser gesfändeten Fahrnisse in keinem Falle berechtigt gewesen wäre, in die Rechte der Pfandgläubiger durch eine im Sinne des § 294 bGb. vorgenommene Widmung als Zugehör eines unbeweglichen Guts einzugreifen; weil die laut des Schätzungsprotokolls vom 27. und 28. Juni 1887 erfolgte Bestreitung der Pfändung der in diesem Protokolle als fundus instructus bezeichneten Fahrnisse nur als Bestreitung der Identität mit den am 11. Sept. 1883 gepfändeten Fahrnissen gewürdigt werden kann; weil eine Untersuchung der Identität bisher nicht stattgefunden hat und weil eine Vergleichung der Bezeichnungen der hier in Frage kommenden Fahrnisse diese Untersuchung keineswegs als überflüssig erscheinen lässt“.

41.

Pfandprivilegium der Kosten der Einmahnung einer Grundsteuerschuld?

(E. 11. Dec. 1888, Z. 14.402.)

Das bei einer Meistgebotvertheilung für eine Executionsgebür per 1 fl. 5 kr. in Anspruch genommene, vom 1. R. aberkannte Vorzugsrecht wurde vom OLG. zuerkannt in der Erwägung, dass die fragliche Executionsgebühr anlässlich der politischen Execution bezüglich der bei dem Executen aushaftenden Realsteuer-Rückstände anerlaufen ist und die Gebür für die executive Mahnung darstellt, diese executive Mahnung laut § 22 der mit dem FME. vom 4. März 1878, Z. 2702 kundgemachten Vorschriften über die zwangsweise Hereinbringung der Steuer und Umlagen (s. Geller, Steuergesetze Nr. 63) den ersten Executionsgrad bildet, die Kosten derselben daher Executionskosten sind, welchen nach § 16 des GbG. dasselbe Pfandrecht, wie der Hauptforderung, somit das Vorzugspfandrecht zukommt.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, weil die Bezeichnung der hier in Frage stehenden Gebür als Executionsgebür für die Entscheidung der vorliegenden Frage belangslos ist, weil es sich um eine für die Steuermahnung zu entrichtende Gebür handelt, in welcher keineswegs der Ersatz eines Executionsaufwands zu erkennen ist und weil daher diese Gebür schon aus diesem Grunde nicht den im § 16 GbG. erwähnten Executionskosten beigezählt werden kann, welche zur Erzielung der zwangsweisen Befriedigung und der für eine Forderung haftenden Liegenschaft aufgewendet werden.

42.

Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung: Anerkennung eines höheren als des urkundlich festgesetzten Zinsfusses durch Abfuhr höherer Zinsen.

(E. 27. Nov. 1887, Z. 12563.)

Der 1. R. erkannte nach dem Klagebegehren. Gründe: Es ist beiderseits zugegeben, dass auf Grund des Darlehensvertrags ddo. 25. Febr. 1862 auf dem damals der K gehörigen Hause das Pfandrecht für den Darlehensbetrag per 50.000 fl. einverleibt worden ist; zugegeben, dass von diesem nach dem Darlehensvertrage mit 5 Percent verzinslichen Capitale seit einer Reihe von Jahren — nach den kl. Angaben seit 1862 — ein Betrag von Zinsen entrichtet wurde, der einer sechspercentigen Verzinsung gleichkommt, und dies auch von Seite der Gekl. von einem Zeitraume zugestanden, der einige Jahre vor dem Jahre 1876 umfasst, und von diesen zugegeben, dass eine Geldsumme, welche einer sechspercentigen Verzinsung entspricht, von der Darlehensnehmerin K bezahlt wurde. Aus diesen Geständnissen geht nun zweifellos schon hervor, dass zwischen den Contrahenten und deren Rechtsnachfolgern einer- und den Kl. andererseits der Darlehensvertrag mit sechspercentiger Verzinsung geschlossen wurde, und geht dies aus derartigen Handlungen hervor, die bei Ueberlegung sämmtlicher Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. Abgesehen davon, dass die Aussage des L eine halbe Probe dafür bietet, dass das Zinsenmaass im Darlehensvertrage ddo. 25. Febr. 1862 über ausdrücklichen Wunsch der K mit 5 Percent stipuliert wurde, während sie sich zur Zahlung von 6 Percent verpflichtete, lässt sich die Zahlung von 6 Percent einer Satzpost in so bedeutendem Betrage durch die ursprüngliche Schuldnerin, die den Darlehensvertrag selbst geschlossen und wiederholt erneuert hat (vom Jahre 1862 bis 1876), also über die Höhe der vereinbarten Zinsen sich nicht im Irrtume befinden konnte, auch mit Rücksicht auf die in den Verlängerungsbriefen enthaltenen Clauseln gegen die bisher bestimmte Verzinsung gar nicht anders erklären, als dass der Darlehensvertrag mit einer sechspercentigen Verzinsung entriert wurde, und dass die im schriftlichen Vertrage bedungenen Zinsen nur zum Schein stipuliert waren, so dass § 916 bGb. zur Anwendung kommt. Nachdem der Darlehensvertrag blos auf ein Jahr geschlossen und in jedem Jahre erneuert wurde, kann auf den vorliegenden Streitfall, wo es sich um Zinsen vom 1. Jänner bis 30. Juni 1887 handelt, nicht § 994 bGb. Anwendung finden, da der diesbezügliche Vertrag ja erst 1886 zustande kam, allerdings unter den Bedingungen wie der Vertrag im Vorjahre und in den vorhergehenden Jahren über dasselbe Darlehen. Nachdem, wie gezeigt, erwiesen ist, dass der Darlehensvertrag mit K. gegen sechspercentige Verzinsung geschlossen wurde, ist auch die Klage auf Zahlung des eingeklagten Zinsenbetrags gegen die Gekl. vollständig begründet, und nachdem der Darlehensvertrag jährlich unter der Bedingung der bisherigen Verzinsung seit 1876 erneuert wurde und die Gekl. nicht erwiesen haben, dass die Kl. in eine Zinsenreduction gewilligt haben, waren sonach die Gekl. pro rata parte gemäss dem Klagebehren zu verurtheilen.

Das OLG. wies die Klage ab. Gründe: Laut Darlehensvertrags vom 25. Febr. 1862 ist zwischen den Kl. und den Eheleuten J und K für das von Ersteren den Letzteren dargeliehene Capital per 50.000 fl. eine fünfpercentige Verzinsung stipuliert und dieser Zinsfuss auch grundbücherlich bei dem schuldnerischen Hause einverleibt worden. Thatsächlich sind für dieses Darlehenscapital den Kl. durch lange Jahre sowohl von den K'schen Eheleuten, als von deren Rechtsnachfolgern 6 Percent Zinsen bezahlt worden. Der Rechtsgrund für diese Zinsenerhöhung ist trotz der Weitläufigkeit der Satzschriften im Dunklen verblieben. In der Klage und Replik stehen die Kl. auf dem Standpunkte einer stillschweigenden Vereinbarung der Zinsenerhöhung, indem sie aus der Thatsache der Zahlung auf die Verpflichtung schliessen; allein abgesehen davon, dass sie ein haltbares Motiv zu dieser Vereinbarung der Zinsenerhöhung nicht anführen, geben sie in der Replik ausdrücklich zu, dass die kl. Eheleute von den Eheleuten K im J. 1862 6 Percent Zinsen nicht verlangt haben, sondern diese nur nahmen, weil sie ihnen gezahlt wurden. Auch die spätere Correspondenz mit K aus dem

J. 1869 vermeidet die Höhe der vereinbarten Zinsen zu bezeichnen und beschränkt sich von einer bestimmten Verzinsung zu sprechen. Ebenso gestehen die Kl., dass bei der im J. 1876 zwischen J und den Frauen F und A wegen Belassung der Satzpost stattgehabten Besprechung von einem Percentsatze nicht die Rede war, dass auch G als Ersteher des der A gehörig gewesenen Hausdrittels keine besondere Zinsenzahlungsverpflichtung übernahm, sondern in die angeblich bestehende der A eintrat. Aus allen diesen zugestandenen Thatsachen geht hervor, dass die derzeitigen Gekl. zwar 6 Percent Zinsen zahlten, weil ihre Rechtsvorfahren so viel gezahlt hatten, dass sie aber eine rechtsverbindliche Verpflichtung zur Zahlung von 6 Percent nicht übernommen haben; denn die Kl. haben von ihnen 6 Percent nicht verlangt und aus der Zahlung allein kann eine Willenserklärung im Sinne des § 863 bGb. nicht geschlossen werden. Die Kl. haben auch im Schliesslich den Rechtsgrund ihres Anspruchs geändert, indem sie auf Grund einer Besprechung mit dem Zeugen L nunmehr anführen, dass zwischen J und den K'schen Eheleuten schon ursprünglich im J. 1862 eine sechspercentige Verzinsung des Darlehens per 50.000 fl. bedungen wurde und die fünfpercentige Verzinsung im Einverständnisse der Contrahenten nur zum Scheine in den Schuldschein aufgenommen wurde; allein abgesehen davon, dass hierin eine Aenderung des Klagerechts im Sinne des § 49 GO. liegen würde, wäre die Vereinbarung der 6 Percent Angesichts der schriftlichen Vertragserrichtung nach § 887 bGb. nicht zu berücksichtigen und mit Rücksicht auf den im J. 1862 erfolgten Vertragsabschluss nach § 994 bGb. ungiltig. Eine Genehmigung der angeblich vereinbarten Zahlung des sechsten Zinsenpercents ist aber seitens der Gekl. nie erfolgt, weil mit diesen ein Vertrag über die Zinsenzahlung nie geschlossen wurde. Es haben daher die Gekl., von denen F nur als bedingt erbserklärte Erbin nach K, und G als executiver Ersteher des Hausdrittels in Anspruch genommen werden kann, nur so weit zu haften, als die Hypothek reicht, und können daher zur Zahlung des eingeklagten sechsten Zinsenpercents für die Zeit vom 1. Jän. 1887 bis 30 Juni 1887 nicht verhalten werden.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her, mit Hinweisung auf die zutreffenden erstr. Gründe und insbesondere in der Erwägung, dass die Thatsache, dass für das zu Gunsten der Kl. auf der den Gekl. gehörigen Realität haftende Darlehenscapital per 50.000 fl. seit einer Reihe von Jahren, und zwar nicht blos von den ursprünglichen Darlehensschuldnern, sondern auch von den Rechtsnachfolgern derselben und insbesondere auch von den Gekl. selbst eine sechspercentige Verzinsung geleistet worden ist, von den Gekl. selbst zugestanden wird; dass nach dem eigenen Zugeständnisse der Gekl. die jeweilige Prolongation des Darlehens auf ein weiteres Jahr stets unter ausdrücklicher Aufrechthaltung der bisherigen Bedingnisse erfolgt ist, unter diesen bisherigen Bedingnissen aber auch die bisherige Verzinsung, und zwar nicht die im ursprünglichen Schuldscheine vom 25. Febr. 1862 stipulierte, jedoch de facto niemals eingehaltene fünfpercentige, sondern vielmehr die nur seit einer Reihe von Jahren in Wirklichkeit geleistete sechspercentige Verzinsung verstanden werden muss; dass die Gekl. dadurch, dass sie die ihnen von den Kl. unter Aufrechthaltung der bisherigen Bedingnisse durch eine Reihe von Jahren gewährte Prolongation des Darlehens acceptiert und sich nicht blos durch die Unterlassung der ihnen jeweilig freigestandenen Kündigung des Darlehenscapitales, sondern auch durch die thatsächliche Leistung der bisherigen sechspercentigen Verzinsung mit der weiteren Belassung des Capitals unter den bisherigen Modalitäten einverstanden erklärten, vertragsmässig verpflichtet erscheinen, auch für die Zeit vom 1. Jän. bis 30. Juni 1887 eine sechspercentige Verzinsung zu leisten; und dass die Einwendung der Gekl., dass sie bei Eingehung dieser vertragsmässigen Verpflichtung infolge Unkenntnis des Inhalts des ursprünglichen über die Höhe der dort stipulierten Verzinsung sich in einem Irrtume befunden haben, nicht geeignet erscheint, den Rechtsbestand des Klagsanspruchs zu beirren, weil die Gekl. selbst nicht zu behaupten vermögen, dass dieser Irrthum in irgend einer Weise von den Kl. veranlasst worden sei, oder dass diesen der auf Seite der Gekl. angeblich obwaltende Irrtum offenbar aus den Umständen auffallen musste, dieser von Seite der Gekl. bezüglich ihrer Verpflichtung zur Leistung einer sechspercentigen Verzinsung selbst verschuldete Irrtum daher in Gemässheit des § 876 bGb. die Rechtswirk-

samkeit des von ihnen bezüglich der jeweiligen Prolongation des Darlehens unter der bisherigen Verzinsung gemachten Versprechens nicht zu alterieren vermag.

43.

Vollendung eines gerichtlichen Vergleichs: Erfordernis der beiderseitigen Unterschrift.

(E. 6. Nov. 1888, Z. 13.098.)

In der Verhandlung über die Klage der A gegen B war vom Richter ein Vergleich protokolliert und infolge desselben von der B ein Eid abgenommen worden, ohne dass das Protokoll von der A unterschrieben worden wäre. Auf den Recurs der Letzteren gegen die Annahme des Vergleichs und gegen die Abweisung ihres Gesuchs um Wiederaufnahme des Processverfahrens erkannte das OLG. dass der zwischen beiden Theilen bei der Tagsatzung vom 4. Mai 1885 geschlossene Vergleich sowie die bei der Tagsatzung vom 4. Mai 1885 abgelegten Haupteide der Gekl. rechtsunwirksam sind, weil es sich im vorliegenden Falle um die Schliessung eines gerichtlichen Vergleichs, daher um einen schriftlichen Vertrag handelt, welcher nach § 884 bGb. vor der Unterschrift der Parteien nicht als geschlossen anzusehen ist, die Kl. aber das Protokoll vom 4. Mai 1885, in welchem der. Vergleich aufgenommen wurde, zu unterschreiben sich weigerte, und ihre Unterschrift durch die commissionelle Bemerkung, dass die Kl. mit dem Vergleiche einverstanden war, nicht ersetzt werden kann, und trug dem 1. R. auf, nach Rechtskraft dieser E. mit der ordnungsmässigen Erledigung des Reassumierungsgesuchs vorzugehen, weil, wie sich aus dem Obbesagten ergibt, die Streitsache als durch Vergleich nicht beendet angesehen werden kann.

Dem Revisionsrecurse der B gab der OGH. keine Folge, weil gemäss § 1380 bGb. ein Vergleich zu den zweiseitig verbindlichen Verträgen gehört und nach eben denselben Grundsätzen zu beurtheilen ist, daher bei dem Umstande, als er, wenn vor Gericht geschlossen, gemäss Hfd. vom 10. Juni 1813 (JGS. 1054) zu Protokoll zu nehmen ist, wie ein Vertrag zu betrachten kommt, dessen schriftlicher Abschluss von den Parteien verabredet wurde, welchen daher, wenn, wie vorliegenden Falls, auch nur Ein Theil die Unterfertigung des aufgenommenen Protokolls verweigert, vor der Unterschrift nicht für geschlossen gehalten werden kann.

44.

Correalobligation. Wirkung der Novation aus dem Vertrage mit einem Mitschuldner den anderen gegenüber.

(E. 21. Juni 1887, Z. 6199.)

Die in den Vorinstanzen zugelassene Klage des A wider B und C auf Rückzahlung des Darlehens wegen Saumsals in der Abfuhr der Zinsen wurde vom OGH. für derzeit abgewiesen. Gründe: Das wider beide Gekl. auf Grund des Schuldscheins vom 11. Mai 1884 gestellte Begehren auf Zahlung des Betrags von 888 fl. 69 kr. sammt $4^1/_2$ Percent Zinsen vom 1. Mai 1884 zur ungetheilten Hand wurde nicht auf die vertragsmässig dem Kl. zustehende $^1/_4$jährige Aufkündigung, sondern darauf allein basiert, dass selbe bis zum Klagstage keine Interessen gezahlt haben und dass somit das Capital sofort ohne Aufkündigung fällig und einklagbar ward, da vertragsmässig diese Wirkung einzutreten hat, wenn die am 1. Mai jeden Jahres nachhinein fälligen Zinsen länger als sechs Wochen aushaften. Da der Erstgekl. B in das Klagebegehren submittiert hat und gegen das ihn verurtheilende E. nicht Beschwerde erhoben hat, so sind die unterger. U. n Beziehung auf ihn kein Gegenstand der Ueberprüfung. Vielmehr handelt es siich nur darum, ob die Verurtheilung der allein revidierenden C überhaupt und zur ungetheilten Hand mit B begründet sei. Aus dem zwischen dem B und dem Kl. errichteten, von Letzterem dem Inhalte nach nicht beanständeten Schuldscheine vom 5. Juli 1886 ergiebt sich, dass Kl. eingewilligt hat, dem B nebst anderen Beträgen auch die zweijährigen rückständigen bis 1. Mai 1886 gelaufenen Zinsen von obiger Forderung unter den darin enthaltenen Bedingungen, nament-

lich auch gegen Einverleibung des Pfandrechts hiefür auf dessen Realitätenhälfte zu belassen. Durch diese, die gesetzlichen Merkmale einer Novation an sich tragende, noch vor der Klagsanbringung erfolgte Vereinbarung ist somit die dem Kl. auf dem Schuldschein betreff dieses Interessenrückstands zugestandene Berechtigung erloschen und er kann die vertragsmässigen Folgen des allerdings eingetretenen Saumsals nicht mehr für sich in Anspruch nehmen. Wenn B demungeachtet sofort bei der ersten Tagsatzung in das Klagebegehren submittiert und die Verurtheilung zur Zahlung über sich ergehen liess, so entzieht sich dies jeder Erörterung; dies kann die C aber nicht hindern, zu ihrer Vertheidigung sich darauf zu beziehen und die Abweisung des Kl. wenigstens für ihre Person mit dem Klagebegehren für derzeit zu beanspruchen, wenn sie selbst auch nicht an obiger Vereinbarung sich betheiligt hat, da sie als Solidarschuldnerin belangt wurde, nach § 893 bGb. der Gläubiger von den übrigen Mitschuldnern nichts mehr zu fordern berechtigt ist, wenn er von einem derselben befriedigt ward, dies aber selbstverständlich auch von der so erfolgten Berichtigung eines Theils der Forderung oder der Nebengebüren, an deren genaue Leistung namentlich wichtige Folgen geknüpft sind, wie hier der Fall ist, zu gelten hat.

45.

Anfechtung. Rechtsfolge der Unwirksamerklärung einer anfechtbaren Rechtshandlung ausser dem Concurse.

(E. 14. Nov. 1888, Z. 12208.)

Dem in der Anfechtungsklage der A gegen die C gestellten Begehren um das Erkenntnis: Die von B in dem Vergleiche vom 15. Febr. 1888 der C für ihre Forderung per 360 fl. sNG. gewährte Einräumung von Pfandrechten auf die dem B gehörigen Mobilien und Realitäten sei eine anfechtbare, der Kl. gegenüber rechtsunwirksame Rechtshandlung, es seien die von der Gekl. C erwirkten Pfandrechte auf die Mobilien und auf die Realitäten des B der Kl. gegenüber rechtsunwirksam, und habe daher C zu gestatten, dass diese Pfandobjecte, resp. der seinerzeitige Versteigerungserlös der Mobilien und Realitäten mit Ausschluss ihrer Forderung von 360 fl., vorerst über Befriedigung der vorhergehenden rechtsgiltigen Pfandforderungen zur Befriedigung für die der Kl. zustehende Pfandforderung von 70 fl. 32 kr. sNG. — wurde vom 1. R. ohne alle Einschränkung stattgegeben.

Das OLG. erkannte in theilweiser Abänderung des erstr. U. zu Recht: Die von B in dem gerichtlichen Vergleiche vom 15. Febr. 1888 der C für ihre Forderung per 360 fl. sNG. gewährte Einräumung von Pfandrechten auf die dem B gehörigen Mobilien und Realitäten sei eine anfechtbare Rechtshandlung und der Kl. gegenüber insoferne rechtsunwirksam, als C dadurch in die Lage kam, vor der Kl. Pfandrechte zu erlangen; die Gekl. sei daher schuldig, anzuerkennen, es gebüre ihr für ihre obige Forderung per 360 fl. keine Priorität im Pfandrechte auf die gepfändeten Realitäten und Fahrnisse des Schuldners B vor jener Forderung der Kl. per 70 fl. 32 kr. sNG., für welche dieselbe auf Grund des Bescheides vom 7. März 1888 Pfandrechte erlangte, und sei weiters schuldig, zu gestatten, dass bei der seinerzeitigen executiven Vertheilung des Erlöses aus den gepfändeten Fahrnissen und Realitäten die vorstehende Forderung der Kl. in gleicher Priorität mit der ihrigen per 360 fl. s. A. zur verhältnismässigen Befriedigung gelange. Gründe: Der 1. R. hat der Processlage gemäss mit Recht angenommen, dass B so verschuldet sei, dass die kl. Forderung aus den gegen denselben theils schon abgeführten, theils noch im Zuge befindlichen Executionen nicht mehr werde gedeckt werden können. Dass der Mobiliarerlös nur 588 fl. 36 kr. betragen habe und die Hälfte davon dem X gehöre, sowie, dass die dem B gehörige Hälfte durch die im Pfande vorgehenden Forderungen . . . . mehr als erschöpft werde, ist in den Processverhandlungen nicht widersprochen worden und auf die erst in der Appellationsbeschwerde vorgebrachte Behauptung, dass dem X nicht die ganze Hälfte der versteigerten Fahrnisse gehöre, kann kein Bedacht genommen werden, um so weniger, als hiefür auch kein Beweis produciert wurde. Es ist ferner constatiert, dass der ideelle Antheil des B am Vantschgute am 24. März d. J. auf nur 2400 fl. bewertet wurde, während nach dem Hypothekencertificate mit Priorität

vor der Forderung der Kl., darauf zur Hälfte repartiert, ohne Rücksicht auf Kosten und ausstehende Zinsen an Capitalsposten allein 3304 fl. 50½ kr. haften, so dass nur ganz aussergewöhnliche Verhältnisse, die übrigens auch nicht behauptet wurden, zur Hoffnung berechtigen könnten, dass die Kl. noch Deckung finden werde; die höchste Wahrscheinlichkeit aber dagegen spricht, . . . Nachdem überdies die Executionsfähigkeit der Forderung der Anfechtungsklägerin nicht bestritten und zur Evidenz bewiesen ist, so liegen alle Momente vor, welche der § 32 AnfG. zur Zulässigkeit der Anfechtung vorschreibt. Ebenso hat der 1. R. aus den zahlreichen vorliegenden Indicien mit Recht den Beweis als erbracht angenommen, dass der Gekl. zur Zeit der Pfandrechtseinräumung, 15. Febr. 1888, die Absicht des B, andere Gläubiger und speciell die heutige Kl. zu schädigen, bekannt war. Eine solche Schädigungsabsicht muss nämlich schon dann als vorhanden angenommen werden, wenn ein mit Klagen und Executionen verfolgter Schuldner, der, wie B mit Grund voraussehen kann, dass sein Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht zureicht, einzelnen Gläubigern freiwillig Deckung und Pfand giebt, während andere ihr Recht im ordentlichen Rechtszuge suchen müssen. Durch eine solche Begünstigung einzelner Gläubiger wird nämlich die notwendige Folge erzeugt, dass die erst später zur Execution gelangenden Gläubiger in den Pfandrechten hinter den begünstigten Pfandgläubigern zurückstehen müssen und erst nach diesen zur Befriedigung gelangen können. Wäre also auch die Absicht des Schuldners in solchem Falle vorzugsweise auf Begünstigung einzelner Gläubiger gerichtet und nicht direct auf Schädigung der anderen, so muss ihm die Schädigungsabsicht doch imputiert werden, da er die für die Letzteren daraus notwendig resultierenden schädlichen Folgen erkennen musste und dessen ungeachtet diese Handlung vollzog. Dass aber der heutigen Gekl. diese Absicht ihres Bruders B bekannt war, erhellt schon daraus, dass sie, obwohl ihr nicht unbekannt geblieben sein konnte, dass gleichzeitig auch andere Gläubiger gegen denselben klagbar geworden waren, ihrem Vertreter in der Durchführung ihrer Rechtssache Eile anempfahl, die auf den 22. Febr. 1888 angeordnete Tagfahrt einverständlich mit dem Schuldner schon am 15. Febr. 1888 abhielt, bei derselben den Vergleich schloss, sich vor Ablauf der vierzehntägigen vereinbarten Zahlungsfrist Pfandrechte einräumen liess und sofort auch den Vollzug der Execution begehrte. Uebrigens wäre ihr nach §§ 30/4 des AnfG. der Beweis obgelegen, dass sie von einer solchen Absicht keine Kenntnis hatte. Diesen Beweis aber hat sie nicht einmal angeboten. Es lässt sich daher nicht verkennen, dass die Pfandrechtseinräumung nach den §§ 29 und 30/4 AnfG. ein anfechtbarer Act sei. Wenn aber die Kl. diese Anfechtbarkeit dahin ausdehnen will, dass ihr gegenüber die angefochtene Pfandbestellung unwirksam sei, so dass sie mit ihrer Forderung bei der Vertheilung des Feibietungserlöses vor jener der Gekl. zur Befriedigung zu gelangen habe, so verlangt sie mehr als sie nach dem Gesetze und nach der Sachlage zu fordern berechtigt ist. Die Kl. hat nämlich nicht bestritten, dass die Forderung der Gekl. per 360 fl. s. A. ebenso wie die ihrige liquid und fällig war. Ueber beide Klagen war die Tagfahrt vom Richter auf den 21. Febr. 1888 angeordnet. Hätte nun B mit der heutigen Kl. diese Tagfahrt ebenfalls auf den 15. Febr. antecipiert und dabei mit derselben einen gleichen Vergleich geschlossen, wie er ihn mit C schloss, ihr ebenfalls Pfandrechte auf sein gesammtes bewegliches und unbewegliches Vermögen eingeräumt und sie ebenfalls zum sofortigen Vollzuge der Execution ermächtigt oder, wenn die für beide Streittheile auf den 22. Febr. 1888 angeordnete Tagfahrt mit beiden Theilen an diesem Tage abgehalten und für C nicht antecipiert worden wäre und B mit dieser einen gleichen Vergleich abgeschlossen hätte, wie mit der heutigen Kl., oder wenn endlich in anderer Weise Vorsorge getroffen worden wäre, dass die Executionsfähigkeit beider Klagsforderungen gleichzeitig eintrete, so würde A nicht benachtheiligt und C nicht begünstigt gewesen sein, und Erstere könnte einen Act, womit sie der C in Rücksicht auf die Zeit der Exequierbarkeit der Forderung gleichgestellt worden wäre, mit Grund nicht anfechten. Wenn mit Hinblick auf die Gleichzeitigkeit der Tagfahrt und die Liquidität und Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen der C nicht die Möglichkeit geschaffen wurde, vor der A Pfandrechte zu erwirken, so war C nicht begünstigt, sondern lediglich der heutigen Kl. gleichgestellt. Anfechtbar aber ist nur die Begünstigung, nicht die Gleichstellung. Durch die Gleichstellung ist das Recht der Kl. gegen die Gekl.

erschöpft. Daraus folgt aber notwendig, dass A nicht berechtigt ist, vor C einen Vorzug zu verlangen. Eine solche Bevorzugung aber würde ihr dann zutheil, wenn ihrem Klagebegehren gemäss die angefochtene Rechtshandlung ihr gegenüber ohne Beschränkung als rechtsunwirksam erklärt und sie dadurch in die Lage versetzt würde, bei der seinerzeitigen Erlösvertheilung vor der Gekl. ihre Befriedigung erlangen, während sie im Falle der Nichtberücksichtigung der Gekl. doch nur gleichzeitig mit derselben hätte Pfandrechte erlangen können. Das Gesetz v. 16. März 1884 (RGB. 36) bezweckt nur die Hintanhaltung und resp. Sanierung von Rechtshandlungen, wodurch event. nach der Intervention des Schuldners einzelne Gläubiger gegenüber anderen ungebürlich begünstigt werden sollen. Die ungebürliche Begünstigung aber wird nicht dadurch behoben, dass der Begünstigte in eine schlechtere Lage versetzt wird, als diejenige, in die er ohne die Begünstigung gekommen wäre, sondern dadurch, dass ihm die unberechtigt angemaasste Vorzugsstellung benommen und jener Rechtszustand wiederhergestellt wird, welcher eingetreten wäre, wenn die Begünstigung nicht stattgefunden hätte. Wenn daher im vorliegenden Falle, wie oben gezeigt, bei gleicher Behandlung beider Streittheile beide gleichzeitig in die Lage gekommen wären, gegen den gemeinsamen Schuldner B Execution zu führen, so wird die der C zutheil gewordene ungebürliche Begünstigung nicht dadurch behoben, dass sie der A im Pfandrechte nachgesetzt wird. Dadurch würde vielmehr eine ebenso ungerechtfertigte Begünstigung der letzteren geschaffen, wie sie früher zum Vortheile der C geschaffen worden war. Die Begünstigung behebt sich vielmehr dadurch, dass der Begünstigten der erschlichene Vorzug einfach aberkannt wird, wodurch sich die Gleichstellung in der Priorität der Pfandrechte, welche bei gleicher Behandlung beider Gläubigerinnen von Seite des B und bei normalem Verlaufe der Execution eingetreten wäre, von selbst ergiebt. In diesem beschränkten Maasse war demnach der Appellation der Gekl. stattzugeben und in diesem Sinne das beschwerte U. zu reformieren.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. **Gründe:** Die Revisionsbeschwerde der Kl. erscheint vollkommen begründet, denn der richterliche Ausspruch, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft eine nach dem AnfG. v. 16. März 1884 (RGB. 36) anfechtbare Rechtshandlung sei, zieht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes die rechtliche Folge nach sich, dass die bezügliche Rechtshandlung zwar in Rücksicht auf die dieselbe nicht anfechtenden Gläubiger in ihrem vollen Umfange intact in Kraft bleibt, jedoch gegenüber dem Gläubiger, der sie angefochten hat, ohne irgend eine Einschränkung rechtsunwirksam wird und so zu betrachten ist, als ob sie gar nicht vorgenommen worden wäre. Demnach ist die von B in dem Vergleiche v. 15. Febr. 1888 der heutigen Gekl. gewährte, durch die unterger. U. als eine nach dem Gesetze v. 14. März 1884 anfechtbare Rechtshandlung erklärte Einräumung von Pfandrechten auf die dem Schuldner gehörigen Fahrnisse und Realitäten nicht geeignet, der Gekl. für ihre Forderung gegenüber der anfechtenden Kl. irgend ein Pfandrecht auf die erwähnten Objecte, und zwar weder mit einer Priorität vor der kl. Forderung, noch in gleicher Rangordnung mit derselben zu begründen. Ist dies aber der Fall, so konnte die vom OLG. ausgesprochene Einschränkung der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung gegenüber der Kl. in keiner Weise statuiert werden.

46.

Umfang der Haftpflicht des Verwahrers für Beschädigungen. Beweispflicht desselben für den Mangel eines Verschuldens.

Vgl. Bd. II Nr. 185. 279.

(E. 13. Juni 1888, Z. 6901.)

Auf die Klage des Kaffeehausbesitzers A gegen den Handelsgärtner B auf Zahlung von 240 fl. verurtheilte der 1. R. den B zur Zahlung von 200 fl. oder eines geringeren, vom Kl. schätzungsweise beschworenen Betrags, wenn der Kl. beschwört, dass er den Schaden, welcher ihm durch die Unterlassung der pflichtmässigen Obsorge seitens des Gekl. über die von ihm, Kl., dem Gekl. im Sept. 1886 zur Obsorge bis zur Sommersaison 1887 übergebenen und vom Gekl. zur Ueber-

winterung in Verwahrung übernommenen sechs Stück Lorbeerbäume zugefügt wurde, auf 200 fl. oder auf einen allfälligen minderen Betrag gewissenhaft schätze. Das OLG. dagegen wies die Klage unbedingt ab. Gründe: Der Gekl. beschwert sich gegründetermassen dagegen, dass von dem 1. R. die vom Kl. behauptete Unterlassung der pflichtmässigen Obsorge des Gekl. als feststehend angenommen worden ist; dass ihm, weil er die zur Verwahrung übernommenen Bäume einem Dritten in Verwahrung übergeben hat, in unrichtiger Anwendung des § 965 bGb. die Haftung für ein zufälliges, übrigens vielleicht schon aus dem Zustande der in Verwahrung gegebenen Bäume entwickeltes Verderben der Bäume aufgelastet worden ist, und dass der durch die gegenwärtige Untauglichkeit der abgestandenen Lorbeerbäume zur Aufstellung vor dem Kaffeehause dem Kläger angeblich zugegangene Nachtheil, welcher mit dem Werte der vom Gekl. zur Zurückstellung angebotenen Lorbeerbäume keineswegs identisch ist, gar nicht concretiviert ist. Denn durch das über den Zustand der in Verwahrung gegebenen Lorbeerbäume und über die Erhaltungsfähigkeit solcher Bäume von den Sachverständigen abgegebene Gutachten wird kein Moment einer Verwahrungs- oder Pflegevernachlässigung constatiert, sondern es wird vielmehr die Ursache des Abgestandenseins der Bäume als derzeit „nicht mehr eruierbar" bezeichnet. In dem Gutachten wird zwar angegeben, dass Lorbeerbäume sich im Allgemeinen leicht überwintern lassen, aber auch zugegeben, dass Lorbeerbäume, welche vor einem Kaffeehause stehen, dem Verderben mehr als andere geschützte Pflanzen ausgesetzt sind und dass Lorbeerbäume auch bei der grössten Sorgfalt wegen ihres Alters oder eingetretener Krankheit zugrunde gehen können. Wenn auch der Gekl. die ihm in Verwahrung gegebenen Bäume ohne Erlaubnis des Kl. einem Dritten in Verwahrung gegeben hat, so fehlt es nach der Beweislage an dem Nachweise, dass der an den Bäumen constatierte Krankheitsprocess, der auch in deren Alter oder Beschaffenheit seinen Grund haben kann, durch äussere Umstände verursacht worden ist, dass daher ein zufälliger Schaden eingetreten sei und ferner, dass dieser Schaden nicht eingetreten wäre, wenn die Bäume in der Selbstverwahrung des Gekl. verblieben wären. Ein solcher Nachweis des Kl. ist aber nach der Bestimmung des § 965 bGb. und mit Hinblick auf § 1311 bGb. unerlässlich. Auch ist nicht zu verkennen, dass im vorliegenden Falle nicht die Klage aus dem Verwahrungsvertrage nach § 961 bGb. auf Zurückstellung der Sache, sondern eine Klage auf Schadenersatz wegen des Zustands der in Verwahrung gegebenen Sache, deren Zurückstellung vom Gekl. angetragen und vom Kl. abgelehnt worden ist, angestrengt wurde, daher der Schaden nicht in dem Werte der Bäume, sondern in dem durch die Untauglichkeit der Bäume zur Aufstellung allenfalls begründeten Nachtheile liegen würde, welcher Nachtheil gar nicht concretiviert erscheint.

Der OGH. bestätigte das erstr. U. Gründe: „Der Gekl. hat, wie er zugesteht, vom Kl. Lorbeerbäume zur Ueberwinterung übernommen und er behauptet selbst nicht, dass die Bäume zur Zeit der Uebernahme krank waren, er war daher nach § 961 bGb. verpflichtet, die Bäume dem Kl. in gesundem Zustande zurückzustellen und da er dieser Pflicht nicht entsprach und nicht entsprechen kann, nachdem die Bäume abgestanden sind, so hat er dem Kl. den diesem hiedurch zugefügten Schaden zu ersetzen. Allerdings haftet der Verwahrer nach § 964 bGb. dem Hinterleger nur für den aus der Unterlassung der pflichtmässigen Obsorge zugehenden Schaden und nicht für den Zufall. Allein, dass die Bäume durch Zufall verdorben seien, wäre nach § 1298 bGb. vom Gekl. zu beweisen gewesen, wie dies auch in der Natur der Sache begründet ist, weil dem Hinterleger, welcher die Sache während der Verwahrungsdauer nicht in seiner Gewahrsame hat, nicht der Beweis der Negation aufgebürdet werden kann, dass der Verwahrer seine Obliegenheiten nicht erfüllt habe. Die Bestimmung des § 1296 bGb. steht nicht entgegen, weil die Beweislast bei Contractsklagen auf Schadenersatz im citierten § 1298 normiert ist. Ueber die Höhe des Schadens des Kl. wurde vom 1. R. mit Recht der Beweis durch den Schätzungseid zugelassen, da feststeht, dass der Kl. zu fordern habe und über die Höhe dieser seiner Schadenersatzforderung füglich keinen anderen Beweis beibringen kann. Da die Bäume nunmehr wertlos sind, findet der Schaden des Kl. allerdings in dem Betrage Ausdruck, den die Bäume bei der Uebergabe hatten; hierüber kann aber vom Kl. ein weiterer Beweis

umso weniger verlangt werden, als die Person, von der er die Bäume gekauft hat, seither gestorben ist, der Kl. sich daher auf deren Zeugenschaft nicht berufen kann. Bei der vom 1. R. festgesetzten Fassung des Schätzungseides hat es zu verbleiben, weil, wie bemerkt, der Gekl. nicht bewiesen hat, dass die Bäume nicht durch Unterlassung der pflichtmässigen Obsorge, sondern nur durch Zufall zugrunde gegangen seien. übrigens auch eine Beschwerde des Kl. in dieser Richtung nicht vorliegt."

47.

Voraussetzung der Güterabsonderung nach § 812 bGb. Unzulässigkeit derselben gegen einen Erben, über dessen Vermögen der Concurs eröffnet ist.

Vgl. Bd. VI Nr. 241.

(E. 21. Aug. 1888, Z. 9904.)

Die von den Noterben gegen den Universalerben, bez. dessen Concursmasse begehrte separatio bonorum wurde nur vom OLG. bewilligt; der OGH. bestätigte den abweislichen ersten Bescheid, weil die Anwendbarkeit des § 812 bGb. die Möglichkeit einer thatsächlichen Vermengung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben zur Voraussetzung hat; weil diese Voraussetzung im vorliegenden Falle nach dem Stande der das Vermögen der Erben darstellenden Concursmasse, welche übrigens das Nachlassvermögen des Erben noch nicht umfasst, keineswegs als vorhanden angesehen werden kann; weil das Verhältnis der Erben zu den übrigen am Nachlasse Betheiligten durch die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Erben eine Aenderung nicht erfahren hat und weil die o. g. Verfügung, durch welche dem Wesen nach nicht eine Separation gegenüber dem Vermögen des Erben, sondern eine Zweitheilung der Verwaltung des Nachlassvermögens herbeigeführt würde, der gesetzlichen Grundlage entbehrt.

B. Handels- und Wechselrecht.

48.

Anmeldung der Firma zur Registrierung durch einen Bevollmächtigten.

(E. 21. Aug. 1888, Z. 9882.)

A, Gutsverwalter in x, meldete unter Beibringung der von C ausgestellten, notariell beglaubigten Vollmacht vom 27. März 1888 in einer schriftlichen Eingabe die Firma an, welcher er sich als Vollmachtsinhaber des C bei dem Betriebe der Spiritusbrennerei des C in x bedienen werde und legte auch die eigenhändig gezeichnete und notariell beglaubigte Firmazeichnung vor zum Behufe der Eintragung in das Handelsregister für Einzelfirmen. Diesem Ansuchen wurde in den Vorinstanzen keine Folge gegeben und der OGH. verwarf den Revisionsrecurs in der Erwägung, dass die „Eingabe des A schon darum nicht als Erfüllung der seinem Dienstgeber nach Art. 19 Hgb. obliegenden Verpflichtung angesehen werden kann, weil die Zeichnung der Firma des Principals fehlt und durch dessen Unterschrift auf der Vollmacht nicht ersetzt werden kann, dass übrigens diese Vollmacht gemäss Art. 41 Hgb. keineswegs als genügend angesehen werden könnte, um als Ertheilung der Procura an den Einschreiter zu gelten, dass eine Bevollmächtigung, welche nicht die Procura enthält, überhaupt nicht den Gegenstand einer Eintragung im Handelsregister zu bilden hat, und dass es sonach an den Voraussetzungen des § 16 des Pat. vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208) mangelt".

49.

Frist zur Untersuchung und Bemängelung einer gegen Nachnahme gelieferten Waare.

(E. 11. Juli 1888, Z. 8238.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Entschädigungsklage wurde vom OLG. zum Theile stattgegeben. Gründe: Es handelt sich nach dem Klagebegehren um die Zurückzahlung eines als Angabe gegebenen Betrags von 100 fl., um die Zahlung eines Schadenersatzes per 88 fl. 34 kr. und um die Vergütung der Kosten des Sachbefundes per 65 fl. 30 kr. Das Klagebegehren wurde in erster Instanz zurückgewiesen, weil die Bemängelung der Waare verspätet erfolgt ist und Kl. nicht nachgewiesen hat, dass die frühere Besichtigung der Waare auf der Nordbahn nicht möglich war. Dies ist aber nicht richtig. Denn es ist unbestritten, dass auf der in Rede stehenden zweiten Sendung von Leimleder die Nachnahme des Preises haftete, und es ist jedem Kaufmanne bekannt, dass eine solche Waare von der Partei vor Einlösung des Frachtbriefs nicht besichtigt werden kann; dies gibt der Gekl. selbst zu und es geht aus dem Briefe der Kl. vom 1. Oct. 1885 hervor, in welchem sie den Gekl. ersucht, die Bahn zu beauftragen, ihr die Besichtigung der Waare zu gestatten. Da dieses Ersuchen durch mehrere Wochen unbeantwortet blieb, sah die Kl. sich bemüssigt, gegen Ende October 1885 nach Art. 348 Hgb. um Feststellung des Zustandes der Waare einzuschreiten. Die Sachverständigen haben die Waare als nicht vertragsmässig, sondern statt Prima, als geringwertiger, Secunda, erklärt. Unmittelbar darauf machte die Kl. die Mängelanzeige an den Gekl. und stellte ihm die Waare zur Disposition. Diese Bemänglung muss nach Art. 347 Hgb. als rechtzeitig geschehen angesehen werden, weil es der Kl. nicht möglich war, die Sendung früher zu besichtigen, und weil die Kl. dem Verkäufer umsomehr einige Zeit offen lassen musste, die Waare freiwillig besichtigen zu lassen, da die Waare dem Verderben nicht unterlag, und die Kl. schon durch die erste erhaltene Sendung zur Vorsicht gemahnt war. Da die Waare erwiesenermaassen vertragswidrig war, so war Kl. auch nicht gehalten, sie zu empfangen, und da der Gekl. den Vertrag aus seinem Verschulden nicht erfüllte, so ist die Kl. nach § 908 bGb. berechtigt, das Angeld zurückzufordern, daher ihr dasselbe in dem gegebenen Betrage von 100 fl. zugesprochen wurde.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. in der Erwägung, dass die der Vorschrift des Art. 347 Hgb. entsprechende Mittheilung der Mängel sofort nach Feststellung derselben erfolgt ist; dass diese Feststellung stattgefunden hat, ohne dass die Waare vorher übernommen worden wäre; dass das Hinausschieben der Uebernahme bis nach erfolgter Besichtigung der mit einer Nachnahme belasteten Waare sich nach der Sachlage als im Sinne des Art. 346 Hgb. gerechtfertigt darstellt; dass der Gekl: umsoweniger berechtigt erscheint, dieses Hinausschieben zu rügen, als er seine Zustimmung zu einem von der kl. Firma in dieser Beziehung gestellten sachgemässen Antrage nicht gegeben hat, nach welchem eine frühere Besichtigung der Waare in minder kostspieliger Weise hätte erfolgen können.

50.

Genehmigung der bemängelten Waare bei unterbliebener Dispositionsstellung.

(E. 7. Nov. 1888, Z. 10660.)

Der Klage auf Zahlung des Kaufpreises wurde in allen Instanzen stattgegeben, vom OLG. aus folgenden höchstr. gebilligten Gründen: Gekl. gesteht selbst zu, die ihr von der Kl. am 19. Nov. 1887 über Bestellung in das Lagerhaus zu Bregenz abgelieferten 166 Ballen gedörrter Birnen im Gewichte von 10.063 Kilogramm schon am 22. Nov. 1887 besichtigt zu haben, von welchem Vorgange die Kl. mit Schreiben vom 23. Nov. 1887, verständigt wurde. Dieses Schreiben enthält die Bemerkung, dass die Waare sehr feucht sei und einen widerlichen Rauchgeruch habe, was sie schwer verkäuflich mache, dass Gekl. auf die Nachlieferung der 100 Centner verzichte, die gelieferten 300 Centner aber

vorläufig auf den ersten Schrannenboden bringen lasse, um zu sehen, ob sich der Geruch verliere und die Birnen trocken werden, und dass sie vorhabe, die Partien leeren zu lassen und dann mit besserer Qualität zu vermischen, und schliesst das erwähnte Schreiben unter Hinweis auf die behauptete Probewidrigkeit der Waare mit den Worten: „Wir müssen uns daher vorbehalten, wie die Waare ausfällt, wenn sie 8 bis 14 Tage auf dem Lager liegt.“ Es kann nun grundhältig nicht wohl bestritten werden, dass dieses Schreiben eine Erklärung, die Waare wegen der gerügten Mängel und angeblichen Probewidrigkeit nicht übernehmen zu wollen, nicht enthalte, zumal in demselben von der beabsichtigten Mischung mit besserer Qualität gesprochen wird. Der unklare und mehrdeutige Schlusspassus des Schreibens, mittelst welchem sich die Gekl. gegenüber der Kl. einen eventuellen vierzehntägigen Termin zur Erklärung ihrer definitiven Entschliessungen offenhalten wollte, kann eine rechtliche Bedeutung angesichts der rigorosen Bestimmungen des hier allein massgebenden Art. 347 Hgb. umsoweniger für sich in Anspruch nehmen, als unwidersprochenermassen die Kl. sofort, nämlich mittelst des Schreibens vom 24. Nov. 1887, gegen die Zumuthung der Gekl. nachdrücklich Protest erhob. Wenngleich nun die Letztere mit dem Schreiben vom 3. Dec. 1887, die Waare formell der Kl. zur Verfügung stellte, so muss dennoch diese von der Kl. nicht acceptierte Erklärung deshalb als rechtlich wirkungslos angesehen werden, weil sie im Sinne des citierten Art. 347 Hgb. zweifellos verspätet war, was sich aus dem erwähnten Schreiben vom 23. Nov. 1887, klar ergibt, durch welches nicht nur constatiert erscheint, dass die Untersuchung der abgelieferten Waare nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange schon lange vor dem 3. Dec. 1887 thunlich war, sondern auch erwiesen wird, dass die Untersuchung thatsächlich vorgenommen wurde, ohne dass auf Grund derselben die Waare, weil angeblich probewidrig, sofort der Kl. zur Verfügung gestellt worden wäre. Wenn nun auch angenommen werden wollte, dass aus dem Umstande allein, dass Gekl. das Gewicht der Waare durch die Lagerhausverwaltung controlieren und die Waare zum Zwecke des Austrockenes auf den oberen Schrannenboden schaffen liess, eine thatsächliche Uebernahme der Waare nicht gefolgert werden könne, so müsste doch immer daran festgehalten werden, dass die trotz vorausgegangener Untersuchung seitens des Käufers nicht sofort und bedingungslos zur Disposition des Verkäufers gestellte Waare als genehmigt anzusehen komme, und dass in einem solchen Falle der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises gesetzlich begründet erscheine. Nachdem somit von einer rechtzeitigen Dispositionsstellung der Waare im vorliegenden Falle nicht die Rede sein kann und das Vorgehen der Gekl. nach den Grundsätzen des Handelsrechts vielmehr zur Annahme nötigt, dass die Waare, welche zufolge des Sachbefundes vom 13. Febr. 1888 jedenfalls Handelsgut mittlerer Art und Güte repräsentiert, nicht rechtswirksam refusiert werde. Die Behauptung der Gekl., dass die vorliegende Klage auf Zahlung des Kaufpreises sich als verfrüht darstellte, weil Kl. in erster Linie auf Vertragserfüllung hätte klagen sollen, kann hier deshalb nicht als berechtigt angesehen werden, weil von der Gekl. zugegeben wurde, dass Kl. die Waare im Lagerhause zu Bregenz der Gekl. behufs der Uebernahme vertragsgemäss zur Verfügung stellte.

51.

Umfang der Verbindlichkeit aus einem vom Empfänger ausgefüllten Bianco-Accept.

(E. 5. Oct. 1888, Z. 10.216.)

B hatte dem A auf eine von diesem eingeklagte Buchschuld von 271 fl. 48 kr. zwei Bianco-Accepte eingesendet, welche dieser mit Hinzurechnung der Klagekosten das eine auf 150 fl., das andere auf 128 fl. 15 kr. ausfüllte. Nachdem B das erste Accept eingelöst und auf das andere 124 fl. 72 kr. gezahlt hatte, erhob nun B wider ihn Klage auf den Rest von 3 fl. 43 kr., wurde aber vom 1. R. abgewiesen. Gründe: Aus den Ausführungen des Kl. und dem von ihm citierten Briefe vom 16. Dec. 1887 geht nicht hervor, dass Kosten verabredet gewesen, und dass Kl. ermächtigt gewesen wäre, sich Kosten in einem beliebigen

Betrage willkürlich zu bestimmen. Nachdem hinsichtlich der Kosten, welche nach der Darlegung des Kl. bei Ausfüllung des zweiten Wechselblanquetts in Betracht gezogen wurden, nach dem geschilderten Sachverhalte eine Einigung nicht erzielt worden war, so durfte Kl. nicht eigenmächtig einen bestimmten Betrag für die Kosten bei Ausfüllung des Wechsels zum Capitale hinzurechnen, er hätte die Kosten gerichtlich bestimmen lassen müssen, durfte aber nie auf Zahlung einer restlichen Wechselsumme klagen, da die Wechsel zur Deckung der Forderung per 271 fl. 48 kr., nicht aber auf Kosten gegeben waren. Aus dem Briefe ddto. 8. April 1888 kann Kl. seinen Anspruch nicht ableiten, indem in demselben der Gekl. eine Verpflichtung zur Zahlung der Kosten per 6 fl. 67 kr. nicht übernommen hat und vielmehr in demselben behauptet, dass er dem Kl. nichts schuldig sei und seine Kosten bezahlt habe. Es ist aufliegend, dass Kl. den Klagewechsel unbefugt und der Verabredung zuwider rücksichtlich der Kosten ausgefüllt habe, und muss demnach auch die ihn treffenden nachtheiligen Folgen der MVdg. vom 6. Oct. 1853 (RGB. 200) gegen sich gelten lassen.

Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren, Gründe: Von dem Gekl. wird nicht geltend gemacht, die unausgefüllten Accepte dem Kl. mit der ausdrücklichen Bestimmung zugesandt zu haben, dass die beiden Wechselsummen zusammen das nackte Capital der sammt Zinsen und Kosten wider ihn eingeklagten Kaufpreisforderung nicht übersteigen dürfen. Im Gegentheil hat der Gekl. in dem nicht als Fälschung bezeichneten Briefe vom 16. Dec. 1887 den Kl. ersucht, ihm in seiner Angelegenheit wegen 271 fl. 48 kr. keine weiteren Spesen zu machen und die am 20. Dec. 1887 angeordnete Tagfahrt in suspenso zu belassen. Die Zusendung der unausgefüllten Accepte an den Kl. hatte sonach die Bestimmung, die Folgen der bereits anhängigen Klage durch Deckung der ganzen Forderung ohne Ausnahme der Nebengebüren, insbesondere der bereits aufgelaufenen der Sache angemessenen Kosten abzuwenden. Aus diesem Sachverhalte, in dessen Wiedergabe die Streittheile nicht auseinandergehen, kann somit keineswegs gefolgert werden, dass der Kl. durch den Zuschlag von 6 fl. 67 kr. auf die Nebengebüren, insbesondere auf die Kosten der Klage und der ersten Tagfahrt, von welcher der Kl. vorsichtsweise doch nicht ausbleiben durfte, in die Wechselsumme von dem unausgefüllten Accepte durch eine unbefugte oder der getroffenen Verabredung zuwiderlaufende Ausfüllung einen rechtswidrigen Gebrauch gemacht habe, und ist somit auf die späteren Einstreuungen des Gekl. gegen die Einrechnung dieser Kosten, welche doch offenbar nicht überspannt sind, in die Wechselsumme kein Bedacht zu nehmen, sonach in Abänderung des erstr. U. den Zahlungsauftrag aufrecht zu erhalten.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Das o. g. U. erscheint durch die ihm beigefügten Motive vollkommen gerechtfertigt und muss aufrecht erhalten werden, weil eine unbefugte Ausfüllung des Wechselaccepts mit Rücksicht auf das Schreiben des Gekl. vom 16. Dec. 1887 nicht anerkannt werden kann, indem der Gekl. sich hierin als zur Berichtigung der eingeklagten Forderung per 271 fl. 43 kr. und der durch deren Einklagung aufgelaufenen Kosten verpflichtet erachtet, und nur bittet, ihm keine weiteren Spesen zu machen, hiermit aber der Kl. berechtigt war, diese Kosten seiner Forderung zuzurechnen, und der Betrag von 6 fl. 67 kr. keineswegs als ungebürlicher Anspruch bezeichnet werden kann.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

52.

Anspruch des Notars als Feilbietungscommissär auf eine Schreibgebühr und auf Vergütung seines Zeitaufwandes beim gerichtlichen Erlage des erzielten Erlöses.

(E. 13. Nov. 1888, Z. 13.225.)

Dem Notar A, welcher als Feilbietungscommissär zwei Termine der executiven Feilbietung von Mobilien im Schätzwerthe von 2676 fl. 70 kr. und den gerichtlichen Erlag des Feilbietungserlöses vorgenommen hatte, wurden in den

Vorinstanzen statt der von ihm angesprochenen 44 fl. 15 kr. nur 26 fl. 15 kr. an Gebüren bestimmt.

Der OGH. fand dem a. o. Revisionsrecurse des Notars A theilweise stattzugeben und die unterger. E. dahin abzuändern, dass der Betrag der ihm für die Amtshandlung bestimmten Gebüren, mit Hinzurechnung von 7 fl. 80 kr., von 26 fl. 15 kr. auf 33 fl. 98 kr. erhöht werde; denn der mit der Vornahme einer nicht unbedeutenden Mobiliarfeilbietung beauftragte Gerichtscommissär wird durch die ihm obliegende Leitung des Acts, durch den persönlichen Verkehr mit den Parteien und durch die Empfangnahme der für die verkauften Gegenstände zu zahlenden Geldbeträge so vollständig in Anspruch genommen, dass ihm wohl nicht zugemuthet werden kann, dass er auch das diesfällige Protokoll selbst schreibe; dafür ist also allerdings eine Schreibgebür zu passieren, welche im vorliegenden Falle, da es sich um einen aus Ziffern bestehenden Ausweis handelt, nach § 27 des Notariatstarifes mit 20 kr., für die Seite, also für 34 Seiten mit 6 fl. 80 kr. zu berechnen ist. Ebenso ist auch bei dem gerichtlichen Erlage des erzielten Erlöses nicht blos der Gang zum Steueramte, sondern noch der Aufenthalt daselbst bis zum Vollzuge des Erlages in Anschlag zu bringen, wonach es gerechtfertigt erscheint, wenn dafür nicht blos 1 fl., sondern 2 fl. liquidiert werden.

53.

Legitimation der Finanzprocuratur zur Bestreitung der Passiven eines als caduk für den Fiscus in Anspruch genommenen Nachlasses?

(E. 23. Mai 1888, Z. 6038.)

Den Recurs der Finanzprocuratur gegen die verlass- und curatelsbehördliche Genehmigung der vom Verlassenschaftscurator ausgesprochenen Liquidhaltung der von A zum Nachlasse seines unehelichen Sohnes angemeldeten Passiven wies das OLG. wegen Mangels der Legitimation der Finanzprocuratur zurück, weil C zum Verlassenschaftscurator bestellt worden ist, welchem in dieser Eigenschaft gemäss §§ 78 und 129 des kais. Pat. vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208) die Vertretung der Verlassenschaft zusteht, daher die Finanzprocuratur in Vertretung des Aerars (Caducitätsforderung) zur Einbringung des Recurses nicht als berechtigt erklärt wird. Die Finanzprocuratur ergriff den a. o. Revisionsrecurs. Der OGH. fand diesem Recurse, welcher nicht als ein a. o., sondern, nachdem das OLG. in der Sache selbst eine Entscheidung nicht gefällt, den Recurs der Finanzprocuratur vielmehr lediglich aus dem Grunde des Mangels der Legitimation zurückgewiesen hat, als ein ordentlicher sich darstellt, keine Folge zu geben und die o. g. E. sonach zu bestätigen, weil der Finanzprocuratur in Vertretung des Caducitätsärars, insolange die Caducität des Nachlasses nicht ausgesprochen worden ist, eine Ingerenz auf die Abhandlungspflege überhaupt nicht zusteht, derselben daher auch gegen die vom Abhandlungsgerichte ausgesprochene Genehmigung der vom Verlassenschaftscurator erklärten Liquidhaltung der zum Nachlasse angemeldeten Forderungen eines Verlassenschaftsgläubigers ein Recursrecht nicht zuerkannt werden kann.

54.

Hemmung der Verlassenschaftsabhandlung durch die Geltendmachung von Vermächtnisansprüchen? Unpräjudicierlichkeit einer in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Ansicht darüber, ob eine Urkunde als Erbvertrag oder wechselseitiges Testament aufzufassen sei.

(E. 13. Nov. 1888, Z. 13.225.)

Der 1. R. hat die vom Gerichtscommissär vorgelegten Abhandlungsacten nach M, wonach die erblasserische Witwe sich aus einem angeblichen Erbvertrage vom 28. Juni 1858 erbserklärt hatte, nicht genehmigt, dagegen die Erklärung derselben, dass sie das mündliche Testament des Erblassers nicht anerkenne, sowie die Erklärung der durch das letztere Bedachten, dass sie auf Anerkennung der Giltigkeit des mündlichen Testaments klagen und die Giltigkeit jenes Erbvertrags im ordentlichen Rechtswege bestreiten werden und freiwillig die Stelle

des Kl. übernehmen, zur Kenntnis genommen und in analoger Anwendung des § 125 des Pat. vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208), zur Anbringung der Klage eine Frist von sechs Wochen bestimmt, widrigens ohne Berücksichtigung der auf den Rechtsweg gewiesenen Ansprüche vorgegangen und der Act neuerlich dem Gerichtscommissär zur Abhandlungspflege mit Berücksichtigung des § 1253 und 1254 bGb. zurückgestellt werden würde.

Ueber den Recurs der erblasserischen Witwe hat das OLG. den erstr. Bescheid behoben und die gepflogene Abhandlung genehmigt, in der Erwägung, dass der § 4 des Ehe- und Erbvertrags ddto. 28. Juni 1858 nach der ausdrücklichen Bestimmung in demselben als wechselseitiges Testament zu gelten hat, und die wechselseitige Erbseinsetzung der Ehegatten zum ganzen Nachlasse für den Fall, als bei dem Ableben eines Gattentheils keine Kinder vorhanden wären, enthält; dass die Aufnahme der Erbseinsetzung in den Ehevertrag für sich allein nicht geeignet ist, dieselbe zu einer vertragsmässigen zu gestalten, wenn in dem Vertrage ein Verzicht auf den Widerruf der Einsetzung oder eine sonstige Bestimmung ihrer Unwiderruflichkeit nicht enthalten ist, die Bezeichnung als Erbvertrag in dem obigen Ehevertrage daher unrichtig ist und der § 1253 bGb. auf das darin enthaltene wechselseitige Testament umsoweniger Anwendung findet, als ein Widerruf der Erbseinsetzung nicht stattgefunden hat, und daher das Alleinerbrecht der Recurrentin umsomehr ausgewiesen ist, als auch in der mündlichen letztwilligen Anordnung des Erblassers ddto. 28. März 1888 nur ein Vermächtnis hinterlassen wurde, dieselbe daher als Codicill und nicht als Testament anzusehen ist.

Ueber beiderseitigen Revisionsrecurs hat der OGH. die o. g. E. bestätigt; wobei erwogen wurde, dass es sich in der gegenwärtigen Sachlage nur um die Frage handeln kann, ob der Fortgang der Abhandlung aus Anlass der von Legataren erhobenen Ansprüche aufzuhalten sei, dass die Legatare für sich ein Erbrecht nicht nur nicht ansprechen, sondern das Alleinerbrecht der M ausdrücklich anerkennen, dass die Annahme der Erbserklärung der M, in welcher dieselbe vermeinte, den Ehevertrag vom 28. Juni 1858 als Erbvertrag auffassen zu können, der Würdigung der behaupteten Legatsansprüche in keiner Weise vorgreift, dass ein Streit über einen Legatsanspruch nach dem Gesetze nicht geeignet ist, den Fortgang einer Verlassenschaftsabhandlung aufzuhalten, dass der o. g. E. nur eine die von der ersten Instanz verfügte Sistierung beseitigende Wirkung beigemessen werden kann, dass sich demnach diese o. g. E. als dem Gesetze entsprechend darstellt, dass die Beschwerde der M nur gegen die Begründung dieser E. gerichtet ist, dass die Begründung einer Entscheidung überhaupt nicht den Gegenstand der Anfechtung durch ein Rechtsmittel bilden kann, und dass die Aeusserung einer Rechtsansicht, welche ein Gericht zur Begründung einer im nicht streitigen Verfahren ergangenen E. auszusprechen findet, selbst wenn diese Ansicht irrig wäre, ein Delegationsbegehren offenbar nicht zu rechtfertigen vermöchte.

55.

Anspruch der Erben auf gerichtliche Schätzung des einem Pflichttheilsberechtigten vom Erblasser inter vivos überlassenen Guts zum Behufe der Pflichttheilsberechnung?

(E. 7. Nov. 1888, Z. 12.917.)

Das Begehren der Vormundschaft der minderj. Erben nach M „um die gerichtliche Abschätzung des dem M Sohn legierten und zur selbständigen Ausübung der Berufsökonomie bereits bei Lebzeiten übergebenen landtäflichen Guts T cum appert. und erblasserischen Meliorationsaufwands“ zum Behufe der Pflichttheilsberechnung im Intestatnachlasse des M wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. in der Erwägung, dass das landtäfliche Gut T zur Zeit des Ablebens des M sen. thatsächlich nicht mehr in dessen Besitze war und somit einen Bestandtheil seines Nachlasses nicht bildet, weshalb die Bestimmung des § 784 bGb. auf dieses Gut keine Anwendung findet; dass aus dem vorerwähnten Grunde die Vornahme einer Absonderung des freivererblichen und des gebundenen Nachlasses nicht platzgreift; dass überdies die Abschätzung des angeblichen Meliorations-

aufwandes schon durch die im Gesuche behauptete vertragsmässige Bewertung desselben mit 30.200 fl. ausgeschlossen ist; dass die Frage, ob und in welchem Betrage das Gut T nach § 788 bGb. in den Pflichttheil des M jun. einzurechnen ist, bei vorliegendem Widerspruche desselben nach § 2 Z. 7 des Ges. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) nur im ordentlichen Rechtswege ausgetragen werden kann; dass endlich auch die Bestimmungen des § 320 bGb. und des § 196 des Ges. vom 9. Aug. 1854 vorliegend keine Anwendung finden, da es sich keineswegs um eine Anlegung von Pupillarcapitalien, sondern um eine diesfällige letztwillige Zuweisung handelt.

56.

Wann sind Grundbuchsgesuche als gleichzeitig überreicht zu behandeln?

(E. 2. Oct. 1888, Z. 11.608.)

Die vom 1. R. bei der Bewilligung der von A angesuchten Pfandrechtseinverleibung angeordnete Anerkennung der Gleichzeitigkeit des bezüglichen Gesuchs Z. 1876, mit dem Tabulargesuche des B vom selben Tage z. Z. 1877 wurde vom OLG. behoben. „Denn nach den im Berichte des BG. bestätigten Angaben des Recurrenten ist sein Gesuch vom 15. Mai 1888, Z. 1876, an diesem Tage unmittelbar nach der um 8 Uhr vormittags erfolgten Eröffnung des Einreichungsprotokolls von N persönlich dem Einreichungsprotokollisten übergeben und von diesem sofort in das Einreichungsprotokoll eingetragen worden, während der Amtsdiener erst einige Zeit, wenige Minuten darauf, erschien und dem Einreichungsprotokollisten das Gesuch des B um Einverleibung des Pfandrechts für seine Forderung per 300 fl. auf derselben Realität de praes. 15. Mai 1888, Z. 1877, mit anderen gleichfalls mit der Post eingelangten Eingaben einhändigte; da nun nach § 118 der Gerichtsinstruction [Gesetz v. 3. Mai 1853 (RGB. 81)] der Zeitpunkt der Uebergabe der Eingaben an das Einreichungsprotokoll maassgebend ist und jener der Ankunft der Post im Orte des Gerichts nach § 112 der Gerichtsinstruction nicht maassgebend sein kann, so war es nicht statthaft, die Eingaben Z. 1876 und 1877 als gleichzeitig eingelangt zu bezeichnen und muss der genannte Auftrag behoben werden.“

Der OGH. bestätigte die o. g. E. in der Erwägung, „dass nach § 93 des GbG. der Zeitpunkt als maassgebend anzusehen ist, in welchem ein Grundbuchsgesuch bei dem Grundbuchsgerichte thatsächlich einlangt, dass daher in eine Untersuchung darüber, wann das Grundbuchsgesuch des B bei dem BG. hätte einlangen können, nicht einzugehen ist, dass übrigens das k. k. Postamt laut des vom BG. erstatteten Berichts erst um 8 Uhr vormittags geöffnet wird“.

57.

1. Freitheilbarkeit landtäflicher städtischer Grundstücke. — 2. Legitimation einer juristischen Person zu Grundbuchsgesuchen.

(E. 17. Juli 1888, Z. 8597.)

Das vom 1. R. aufrecht erledigte Gesuch des katholischen Waisenhauses in Linz um Abschreibung mehrerer Parcellen von dem Hause x, Eröffnung einer neuen landtäflichen Einlage für dieselben und Einverleibung des Eigentumsrechts daran für das katholische Waisenhaus wurde auf den Recurs der Finanzprocuratur namens der Staatsverwaltung vom OLG. abgewiesen, in der Erwägung, dass die MVdg. v. 30. Juni 1858 (RGB. 100) weder im Allgemeinen noch durch das oberösterr. Landesgesetz vom 26. Sept. 1868 (LGB. 15) über die Freitheilbarkeit von Grund und Boden insbesondere als behoben angesehen werden kann, weil es sich im Falle der Theilung eines Landtafelguts nicht nur um privatrechtliche, sondern auch um öffentlich-rechtliche Interessen handelt; in Erwägung, dass demnach der Umstand, dass der § 3 des Grundbuchanlegungsgesetzes für Oberösterreich vom 2. Juni 1874 (RGB. 89) den Fall der Abtheilung eines Landtafelguts in mehrere solche Güter speciell nicht behandelt, obwohl dieses in dem Grundbuchanlegungsgesetze für Böhmen vom 5. Dec. 1874 (LGB. 92) ausdrücklich

geschehen ist, dieser Gesetzesanwendung nicht entgegenstehen kann und demnach zur Erwirkung der angesuchten Abtheilung die Bewilligung der politischen Landesstelle beizubringen gewesen wäre.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. in der Erwägung, dass zwar die MVdg. vom 30. Juni 1858 (RGB. 100) allerdings auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar erscheint, da diese Vdg. nach ihrem Wortlaute keineswegs eine neue Anordnung zu treffen, sondern nur die in derselben angeführten Normen aufrecht zu halten bestimmt war, die letzteren aber, soweit sie überhaupt landtäfliche Liegenschaften zum Gegenstande haben, nur von Landgütern im Gegensatze zu solchen Grundstücken, die der Dominicaleigenschaft entbehren, nicht aber von Stadthäusern handeln, dass es aber in den vorliegenden Acten an jeder Grundlage für die dem Richter obliegende selbständige Prüfung der rechtlichen Existenz, sowie der Natur der als „katholisches Waisenhaus" bezeichneten juristischen Person und ihrer Repräsentation fehlt, und dass daher auch nicht beurtheilt werden kann, ob die Vermögensverwaltung dieser juristischen Person, welche den vorliegenden Vertrag der Genehmigung des Ordinariats unterzogen hat, nach den §§ 38 und 51 des Ges. vom 7. Mai 1874 (RGB. 50) und nach anderen Normen, wie denjenigen, welche die Ueberwachung von Stiftungen zum Gegenstande haben, der Aufsicht der Staatsverwaltung, deren Genehmigung nicht dargethan erscheint, unterliege.

D. Civilprocess.

58.

Abgrenzung der Justiz von der Verwaltung: Nichtigkeit des gegen einen Gemeindevorsteher wegen einer strassenpolizeilichen Verfügung eingeleiteten Besitzstörungsprocesses, des in demselben geschlossenen Vergleichs und der auf Grund desselben bewilligten Executionsacte.

(E. 25. Sept. 1888, Z. 11.178. — GZ. 51.)

Die Fideicommissherrschaft A erhob gegen B, Bürgermeister von P, die Klage wegen Störung im Besitze eines Privatwegs dadurch, dass der Gekl. als Gemeindevorsteher von P eine öffentliche Kundmachung erliess, mittelst welcher er die Gemeindeinsassen davon verständigte, dass die k. k. BezH. einen Waldweg „pod černetom" als öffentlich erklärt habe, und dass demnach jeder ungehindert auf demselben fahren und gehen könne. Die Kl. behauptet nun, dass die in der Kundmachung erwähnte Erklärung der BezH. sich nicht auf jenen Theil des Wegs erstreckte, welchen Kl. seit Langem im Besitze hatte und bezüglich dessen die Kl. für die Gattung des Befahrens einen Strassenzins einhob; der Gekl. habe demgemäss den kl. Besitz gestört. Bei der über diese Klage an Ort und Stelle durchgeführten Verhandlung kam zwischen den Streittheilen ein gerichtlicher Vergleich zustande, laut dessen der Gekl. anerkennt, dass er durch den als Gemeindevorstand erlassenen öffentlichen Aufruf die Kl. in dem factischen Besitze der näher bezeichneten Strecken des Wegs „pod černetom" gestört habe, und sich verpflichtet, den Aufruf zu widerrufen, resp. dahin richtigzustellen, dass sich die Erklärung der BezH. auf diese Strecken nicht bezogen habe, und endlich sich zum Ersatze der Gerichtskosten verpflichtet. Da der Gekl. bald nachher in einer an das Gericht gerichteten Eingabe erklärt, dass er den erwähnten Widerruf nicht erlassen werde, brachte die Kl. das Gesuch um Verfallenerklärung des im Vergleiche angedrohten Pönals ein und führte auf das Privatvermögen des Gekl. wegen des Gerichtskostenersatzes Execution. Dem bezüglichen Begehren wurde stattgegeben. Mit Note vom 7. Juli 1888, Z. 4396, stellte nun der LdsA. von Krain, dem über den ganzen Hergang Bericht erstattet worden war, das Ersuchen um Aufhebung des ganzen bisherigen gerichtlichen Verfahrens, nachdem es sich um eine im Verwaltungswege auszutragende Angelegenheit handle. Das OLG. Graz hat hierüber die vom BG. W über die vorerwähnte Klage eingeleitete Verhandlung, sowie den vor demselben am 5. Mai 1887 geschlossenen gerichtlichen

Vergleich und sämmtliche auf diesem Vergleiche beruhenden weiteren Schritte und Executionen als ungiltig aufgehoben aus nachstehenden Gründen: „Die von der Fideicommissherrschaft A gegen B, Bürgermeister von P eingebrachte Besitzstörungsklage wird darauf gegründet, dass der Gekl. am 6. Febr. 1887 bei der Gemeinde P durch öffentlichen Aufruf die Mitglieder der Gemeinde P aufforderte, auf dem im Besitze der Herrschaft A befindlichen Privatwege zu fahren und der kl. Herrschaft die bisherige Entrichtung des Strassenzinses zu verweigern, wodurch sich die Kl. in dem factischen Besitze des Waldwegs, sowie des Rechts zur Einhebung des Strassenzinses gestört erachtet. Schon aus dem Inhalte der Klage und der Bezeichnung des Gekl. als Bürgermeister von P ergibt sich, dass die angebliche Besitzstörungshandlung durch eine Verfügung gesetzt wurde, welche der Gekl. nicht als Privatperson, sondern in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher erlassen hat, und dass diese Verfügung in Handhabung der Strassenpolizei getroffen worden ist. Die Handhabung der Strassenpolizei und die Sorge für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehres auf Strassen gehört nach § 28 der GemO. für Krain zu dem selbständigen Wirkungskreise der Gemeinden, zu dessen Ausübung nach § 56 ibidem der Gemeindevorsteher als das in den Angelegenheiten der Gemeinde verwaltende und vollziehende Organ berufen ist. Die Frage, ob der Gemeindevorsteher zu dieser Verfügung berechtigt war, ob er dabei seinen Wirkungskreis überschritten und unberechtigterweise in den Besitz der Kl. eingegriffen habe, ist aber nicht von den Gerichtsbehörden, sondern von den competenten politischen Behörden zu entscheiden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Gemeindevorsteher den Beschluss des GemA. eingeholt hat oder nicht, indem nach § 96 GemO. die politische Bezirksbehörde berufen ist, über Beschwerden gegen Verfügungen des Gemeindevorstands zu entscheiden, durch welche bestehende Gesetze verletzt oder fehlerhaft angewendet wurden. Die weitere Frage, ob die Wege, bezüglich deren sich die kl. Herrschaft im Besitze gestört erachtet, öffentliche oder Privatwege sind, und ob daher die Verfügung des Gemeindevorstands eine Ueberschreitung seines Wirkungskreises und ein Eingriff in die Privatrechte der Kl. war, kommt hiebei nicht in Betracht, weil die Frage über die Berechtigung des Gemeindevorstands zu dieser Verfügung eben nur von den politischen Behörden entschieden werden kann. Es war also die gegen B, Bürgermeister von P, wegen des von ihm in dieser Eigenschaft erlassenen Aufrufs gerichtete Klage zur gerichtlichen Verhandlung nicht geeignet. War aber das Gericht hiezu nicht competent, so konnten die Parteien auch vor demselben keinen gerichtlichen Vergleich in diesem Gegenstande abschliessen. Wenn Gekl. auch diesen Vergleich im eigenen Namen und nicht im Namen der Gemeinde abschloss, so war er doch dazu nicht berechtigt, weil es ihm angesichts der Incompetenz der Gerichte nicht zustand, über eine als Vorstand der Gemeinde P erlassene Verfügung, wie dies im § 3 des Vergleichs ausdrücklich hervorgehoben ist, vor Gericht einen Vergleich zu schliessen und, wie es sich aus dem Inhalte des Vergleichs ergiebt, er nur in dieser Eigenschaft als Vorstand der Gemeinde handelte, wenn er sich auch persönlich zu den im Vergleiche übernommenen Leistungen verpflichtete. Nach § 48 JN. sind Verhandlungen, welche vom Gerichte irrigerweise über einen vor die Verwaltungsbehörden gehörigen Gegenstand gepflogen wurden, auch dann, wenn die Entscheidung zwischen den Parteien bereits rechtskräftig geworden sein sollte, auf Antrag der zur Anfechtung berechtigten Behörden als ungiltig aufzuheben. Da das Gesetz nicht die Ungiltigkeit des Urtheils, sondern die Ungiltigkeit der Verhandlung, und zwar ohne Rücksicht auf die Frage, ob die Parteien die Incompetenz eingewendet haben oder nicht, normiert, und diese gesetzliche Bestimmung auf öffentlichen Rücksichten zur Wahrung der Wirkungskreise der Behörden beruht, so muss die Anordnung des § 48 JN. nicht nur dann Wirkung haben, wenn es zu einer gerichtlichen Entscheidung gekommen ist, sondern auch dann, wenn die ungiltige Verhandlung durch einen vor der absolut zu jeder Amtshandlung incompetenten Gerichte geschlossenen Vergleich beendet wurde. Ebenso sind aber auch die auf dem ungiltigen Vergleiche basierten weiteren Rechtsacte und Executionen, als auf einer nichtigen Grundlage beruhend, ebenfalls nichtig und von amtswegen zu beheben. Nachdem die Angelegenheit, wegen welcher die Klage angeordnet wurde, die Strassenpolizei, also einen zum selbständigen Wirkungskreise der Gemeinden

gehörigen Gegenstand betrifft, und in dieser Angelegenheit der Landesausschuss als Aufsichts- oder Berufungsbehörde erscheint, so muss derselbe als zur Anfechtung berufene Behörde angesehen werden. Es war daher über dessen Antrag gemäss § 48 JN. die Verhandlung und daher auch der hiebei geschlossene gerichtliche Vergleich, sowie die darauf beruhenden Executionsschritte wegen absoluter Incompetenz der Gerichtsbehörden zur Vornahme der Verhandlung und Aufnahme des Vergleichs als ungiltig aufzuheben, wobei bemerkt wird, dass diese Aufhebung wegen der absoluten Unzuständigkeit sich auf alle Punkte des Vergleichs, also auch hinsichtlich der Kosten bezieht.

Der OGH. hat diese E. bestätigt „in der Erwägung, dass nach Inhalt der von der Fideicommissherrschaft A gegen den Gemeindevorsteher von P, B, eingebrachten Besitzstörungsklage, das dem Gekl. zur Last gelegte Besitzstörungsfactum darin bestanden haben soll, dass dieser die Kundmachung ddto. 6. Juli 1887 veranlasste, zufolge welcher die BezH. bekanntgab, dass der Weg „pod černetom“ als ein öffentlicher erklärt wurde, auf welchem jedermann fahren und gehen dürfe, und dass jeder, der hierüber Näheres zu erfahren wünsche, sich beim Gemeindevorsteher zu melden habe; in Erwägung, dass es sich demnach aus der Klage selbst unzweifelhaft ergiebt, dass diese Kundmachung vom Gekl. in seiner Eigenschaft als Vorsteher der Gemeinde P zur Sicherung des Verkehrs auf der erwähnten Strasse, gestützt auf eine diesfällige, von der BezH. erlassene Verfügung, veranstaltet worden ist, aus öffentlichen Rücksichten getroffene Verfügung der politischen oder autonomen Behörden aber nur im vorgeschriebenen Instanzenzuge und nicht mit einer Besitzstörungsklage angefochten werden können; dass demnach die bezogene Besitzstörungsklage wegen offenbarer Unzuständigkeit der Gerichte ex primo decreto hätte zurückgewiesen werden sollen, daher, da bei der vorliegenden absoluten Incompetenz der Gerichte schon der Bescheid, womit die Klage angenommen und die Verhandlung eingeleitet wurde, nichtig war, demzufolge aber auch das ganze darauf gefolgte Verfahren mit der Nullität behaftet ist, wobei es wegen des eintretenden öffentlichen Interesses selbstverständlich ganz gleichgiltig ist, ob in dem eingeleiteten Verfahren ein Vergleich geschlossen oder sonst eine Entscheidung gefällt wurde; dass diesemnach die angef. E. mit Rücksicht auf die Bestimmung des citierten Absatz 2 des § 48 JN. sich als gerechtfertigt darstellt.“

59.

1. Forum contractus: Unzulässigkeit eines den Klagegrund berührenden Beweises über den Competenzgrund. — 2. Ableben des Cridars während des Processes als Grund für die Unrückschiebbarkeit des ursprünglich auf jenen rückschiebbar aufgetragenen Haupteids?

(E. 23. Sept. 1885, Z. 22.979.)

Der 1. R. hatte die Entscheidung über die von dem Curator des Gekl. erhobene exceptio fori wie in der Hauptsache von der Ablegung des dem Gekl. irreferibel aufgetragenen Haupteids über das Klagefactum (Borgkauf nebst Darlehen und Schuldanerkennung unter der Verpflichtung zur Zahlung loco X) abhängig gemacht. Das OLG. gab der Einrede der Incompetenz unbedingt statt. Gründe: Die von dem Curator des in Bukarest wohnhaften Bel. bestrittene Competenz des BG. X zur Verhandlung und Entscheidung dieser Angelegenheit wurde von kl. Seite durch die Behauptung begründet, dass Bel. zur Zahlung des eingeklagten Betrags sich im Orte X verpflichtet habe und als Beweis hierüber ursprünglich der rückschiebbare, später der unrückschiebbare Haupteid dem Gegner aufgetragen. Dieser Beweis ist aber schon aus dem Grunde unzulässig, weil durch denselben nicht allein die Gerichtszuständigkeit, sondern auch die Hauptsache selbst, nemlich die Verpflichtung zur Zahlung des eingekl. Betrags entschieden werden würde. Dies wäre aber gesetzwidrig, weil nach dem Hfd. vom 11. Sept. 1794 (JGS. 193) stets die Zuständigkeit des Gerichts ausser Zweifel gestellt sein soll, bevor in der Hauptsache selbst ein Ausspruch erfolgen kann. Im vorliegenden Falle kann aber der Beweis durch den Haupteid über den Erfüllungsort nicht geführt werden, ohne der Entscheidung der Sache selbst zu präjudicieren. Aber auch aus dem weiteren Grunde dürfte der durch den irreferiblen Haupteid angebotene Beweis

sich als unzulässig ergeben, wenn erwogen wird, dass dieser Eid ursprünglich referibel aufgetragen, erst nach dessen erfolgter Rückschiebung als unrückschiebbar angeboten wurde, ohne diese Unrückschiebbarkeit gehörig begründet zu haben. Es war daher das bedingt lautende erstr. U. abzuändern.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus deren Gründen.

60.

Gerichtliche Bestimmung der Expensen des Substituten gegen den Substituenten.

Vgl. Bd. V Nr. 167. 330.

(E. 31. Oct. 1888, Z. 12.449.)

Das vom 1. R. aufrecht erledigte Gesuch des Advocaten Dr. A um gerichtliche Bestimmung der ihm in der Substitution des Advocaten Dr. B erlaufenen Expensen wurde vom OLG. abgewiesen, weil das Hfd. vom 4. Oct. 1833 (JGS. 2633), welches hier maassgebend ist, die Gebüren des Advocaten gegenüber seinen Clienten im Auge hat, Dr. B aber Client des Gesuchstellers nicht ist. Der OGH. fand den erstr. Bescheid wiederherzustellen, weil die in dem Hfd. vom 4. Oct. 1833 (JGS. 2633) vorgezeichnete Liquidierung und Feststellung der durch den Advocaten ins Verdienen gebrachten Palmar- und Expensengebüren der Einklagung derselben jederzeit dann voranzugehen hat, wenn die Partei, gegen welche diese Gebüren angesprochen werden, die Richtigkeit derselben nicht anerkennt, dieser Fall hier gegeben ist, zudem das Vorgehen nach dem citierten Hfd. dem Dr. B keinen haltbaren Grund zu einer Beschwerde bieten kann, als hiedurch der im ordentlichen Rechtswege zu lösenden Frage, ob Dr. B zur Zahlung der angesprochenen Gebüren auch verpflichtet sei, in keiner Richtung hier vorgegriffen wird.

61.

Unzulässigkeit der Anschlagung eines Urtheils an die Gerichtstafel statt der Zustellung.

(E. 20. Nov. 1888, Z. 13420.)

Der OGH. bestätigte die in den Vorinstanzen erfolgte Abweisung des Gesuchs des Kl. um Affigierung des wider den Gekl. ergangenen U. an der Gerichtstafel, weil die Zustellung eines U. nach § 250 aGO. der Partei zu eigenen Handen oder zu Händen ihres Sachwalters zu bewirken ist, daher die Bestimmung des § 387 GO., welche die im Laufe des Verfahrens ergehenden Verordnungen betrifft, hier keine Anwendung hat, zumal gerade das im Revisionsrecurse berufene Hfd. v. 16. Febr. 1792 (JGS. 255) zur Behebung eines möglichen Zweifels darüber, wie bei der Zustellung von U. an Parteien, deren Aufenthaltsort unbekannt ist, vorzugehen sei, verordnet, dass bei der Zustellung sich gegenwärtig zu halten sei, was der § 291 aGO. über die Zustellung der ersten Klage an einen abwesenden Gekl. vorschreibt, woraus sich klar ergiebt, dass von der Anschlagung des U. an die Gerichtstafel nach 387 aGO., wie es der Revisionswerber begehrt, keine Rede sein kann.

62.

1. Beweis der Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einer Liegenschaft, dann der Lage und der Grenzen desselben durch die Catastralmappe. — 2. Beweis über eine Grenzvereinbarung durch den irreferiblen Haupteid.

(E. 19. Dec. 1888, Z. 12157.)

Gründe: Nachdem das Begehren des Kl., insoferne dasselbe den im Situationsplane VII mit C B bezeichneten Theil des Streitterrains betrifft, bereits rechtskräftig abgewiesen erscheint, so kann es sich im vorliegenden Processstadium nur mehr um den Anspruch des Kl. auf den im Plane B C mit e b ausgezeichneten 23 Quadratklafter messenden Rest des Streitgegenstands handeln. Wie das OLG. ganz richtig bemerkt, ist die gegenwärtige Klage eine Eigen-

tumsklage, und da der Gekl. gesteht, dass er das Streitterrain in seiner Macht hat, obliegt es dem Kl., sein Eigentum zu beweisen. Diesen Beweis hat aber Kl. auch erbracht, da laut Grundbuchsauszugs die Waldparcelle Nr. 472 einen integrierenden Bestandtheil seiner Realität E. Z. 35 bildet und durch das Experten-Gutachten erwiesen vorliegt, dass das Streitterrain C B e b zu dieser Parcelle gehört. Das OLG. meint zwar, dass durch das Grundbuch wohl dargethan werde, dass die Parcelle Nr. 472 einen Bestandtheil der kl. Realität bildet, nicht aber auch, dass dieses rücksichtlich des ganzen catastralmässigen Umfangs derselben der Fall sei. Allein diese Ansicht des OLG. lässt sich mit dem über die Neuanlegung von Grundbüchern und über die Fortführung derselben bestehenden Vorschriften nicht wohl in Einklang bringen. Denn nach den Bestimmungen der §§ 16, 21 und 28 des Gesetzes vom 25. März 1874, Nr. 2 , und den §§ 3, 12 und 26 der JMVdg. vom 18. Mai 1874 (LGbl. für Steiermark Nr. 33), hat den behufs Anlegung neuer Grundbücher zu pflegenden Erhebungen die Beischaffung einer Copie der Catastralmappe vorauszugehen, die Erhebungen selbst haben sich auf die Prüfung der Richtigkeit der Catastralmappen zu erstrecken, sind die erforderlichen Berichtigungen in der Copie der Mappe vorzunehmen, und sind nach Abschluss der Erhebungen die Besitzbögen mit den Copien der Catastralmappe während der Reclamationsfrist zur allgemeinen Einsicht aufzulegen, worauf sodann das Richtigstellungsverfahren im Sinne des Gesetzes vom 25. Juli 1874 (RGB. 96) zu folgen hat. Hiedurch aber wird die Catastralmappe, die ursprünglich allerdings nur zu Besteuerungszwecken aufgenommen wurde, zur Grundbuchsmappe, welche, wie in der JMVdg. vom 4. April 1878, Z. 3676 (Geller Justizges., 8. Aufl., III Nr. 185 2), ausdrücklich anerkannt wird, einen integrierenden Bestandtheil des Grundbuchs bildet, und deshalb erscheint auch im § 11 des Gesetzes vom 23. Mai 1883 (RGB. 83), der Grundsatz der Uebereinstimmung des Grundbuchs mit dem Cataster aufgestellt und angeordnet, dass allenfalls vorfallende Aenderungen in der Darstellung einzelner Grundbuchsobjecte auf der Mappe, im Cataster, sowie im Grundbuche durchzuführen sind. Daraus ergibt sich aber, dass die Grundbuchsmappe, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, den Zweck hat, die einen Bestandtheil eines Grundbuchskörpers bildenden Parcellen nach Lage und Grenzen zu versinnlichen, dass daher das Bild, welches die Mappe von einer Parcelle bietet, in die Natur übertragen, als auf dem Gutsbestandsblatte der betreffenden Grundbuchseinlage eingetragen angesehen werden muss. Nachdem nun zufolge des Gutachtens der Sachverständigen die aus der Mappe, deren Richtigkeit nicht widersprochen wurde, in die Natur übertragenen Grenzen der Waldparcelle Nr. 472 darthun, dass das Streitobject B C c b in den Umfang dieser Parcelle fällt, so muss dem Gesagten zufolge der Kl. auch als bücherlicher Eigentümer dieses Streitobjects angesehen werden, woraus folgt, dass der Kl. der Anforderung des § 369 bGb. entsprochen hat und dass ihm diesbezüglich ein weiterer Beweis nicht aufgebürdet werden kann. Behauptet nun der Gekl., dass er das Eigentum des Streitterrains ausserbücherlich erworben habe, so hat er beim Widerspruche des Kl. seine Behauptung zu erweisen. Diesfalls führt der Gekl. in der Einrede an, dass vor beiläufig 50 bis 60 Jahren zwischen den Vorbesitzern der Streittheile die Grenze zwischen der Parcelle 472 einerseits und den Parcellen 473 2 und 423 1 anderseits einverständlich dadurch bezeichnet worden war, dass von c—b und von b—a der Planskizze ein Durchhau gemacht und in dem Punkte b ein Grenzstein gesetzt wurde, worüber dem Kl. der Haupteid aufgetragen wird. Ferner behauptet der Gekl., dass seit der Errichtung des erwähnten Durchhaues, somit weit über 30 Jahre, von der Klage zurückgerechnet, er und sein Besitzvorfahrer das Streitobject benützt haben. Von den seitens des Gekl. geführten Zeugen hat nur Einer die Behauptungen des Gekl. bestätigt, weshalb auch der 1. R. den Gekl. zum Erfüllungseide über die Ersitzung zugelassen hat. Gegen das erstr. U. haben beide Theile mit Grund appelliert, und zwar Kl. deswegen, weil der Gekl. über die Grenzbestimmung den Haupteid irreferibel, über die 30jährige Besitzesausübung aber den Haupteid nur für einen Zeitraum von 27 Jahren referibel aufgetragen hat, mit der Motivierung, dass er selbst erst im Jahre 1860 in jene Gegend gekommen war. Da das Streitterrain nur 23 Quadratklafter misst und auf diesem kleinen Waldraume Besitzeshandlungen nur selten ausgeübt worden sein konnten, so stellt sich für den gegen-

wärtigen Rechtsstreit der Umstand der zwischen den Vorbesitzern beider Streittheile vor 50 oder 60 Jahren getroffenen Grenzvereinbarung als entscheidend dar, zumal der Kl. als Rechtsnachfolger seines Vaters diese Vereinbarung zu halten verpflichtet ist, und da anderseits ein Zeuge die Behauptungen des Gekl. bestätigt und der Gekl. durch die Besitzstörungs-Erkenntnisse dargethan hat, dass er sich im Besitze des Streitterrains erhalten habe, so muss nach Zulass des Hfd. vom 26. April 1842 (JGS. 610), auf den über diese Grenzvereinbarung vom Gekl. dem Kl. irreferibel aufgetragenen Haupteid erkannt und mussten in diesem Sinne die unterger. U. abgeändert werden.

63.

Tod des Schwurpflichtigen: Voraussetzung für die Erklärung des Eides für abgeschworen.

(E. 25. Mai 1888, Z. 8834.)

Das Begehren, dass der Eid für abgeschworen erklärt werde, wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. mit folgender Begründung: Wenn auch der Anwendung der Vorschriften des § 233 GO. und des Hfd. vom 5. März 1795 (JGS. 222) der Umstand, dass die vom kl. Vertreter vorgelegte Information zur Vertretung des A von einem Concipienten dieses Vertreters aufgenommen und dass dieselbe von A auch nicht in Gegenwart des kl. Vertreters unterfertigt wurde, nicht entgegensteht, so ist die Anwendbarkeit des citierten Hfd. an die in demselben vorgezeichnete weitere Bedingung geknüpft, dass der Advokat bei Uebernahme der Vertretung die in den §§ 412, 413 und 414 GO. enthaltenen Vorschriften genau beobachtet habe. Nach der Natur der Sache muss daher vorausgesetzt werden, dass der Vertreter von seiner Partei mit einer derart ausreichenden Information über den Gegenstand des Rechtsstreits versehen worden sei, dass derselbe hiedurch in die Lage versetzt erscheint, mit voller Beruhigung anzunehmen, dass sein Client den von ihm in der Information angebotenen Eid über die vom Richter als entscheidend erkannten Umstände anstandslos hätte ablegen können, um auf Grund dieser Annahme das richterliche Erkenntnis herbeizuführen, dass dieser Eid im Sinne des § 233 GO. für abgeschworen zu halten sei. Gerade diese Voraussetzung aber kann im vorliegenden Falle nicht als zutreffend angesehen werden, wo die vorgelegte Information des Kl. dahin lautet, dass er den angesprochenen Betrag von 2400 fl. als die Gesammtsumme der dem Bekl. in verschiedenen Theilbeträgen bis zum Jahre 1864 gegebenen Darlehen zu fordern und seit der in diesem Jahre durch den Letzteren geschehenen Anerkennung dieser Schuld für diese seine Forderung eine Zahlung nicht erhalten habe, während der Bekl., bez. dessen Erbin in der Einrede nachgewiesen hat, dass A schon mit Klage de praes. 29. Oct. 1885 die von ihm dem Bekl. seit 1860 in mehreren Beträgen gegebenen Darlehen, jedoch nur in einem auf 1107 fl. bezifferten Betrage eingeklagt und infolge des hierüber erflossenen o. g. U. vom 27. Jänner 1886, auch den Haupteid darüber abgelegt habe, dass von ihm, dem Bekl. seit 1860 in mehreren Beträgen zusammen 1107 fl. dargeliehen worden seien. Um die fragliche Information des A als eine für den vorliegenden Streitgegenstande ausreichende zu erkennen, müsste sich dieselbe auch auf die Erörterung der Bedenken erstrecken, welche sich aus der gegnerischen Einrede nothwendig gegen die oben erwähnte Behauptung der Information aufdrängen. Da dies aber nicht der Fall ist, der kl. Vertreter es vielmehr selbst, offenbar wegen Mangels der erforderlichen weiteren Information über den Streitgegenstand unterlassen hat, über die Einrede des Bekl. auch noch eine Replik zu erstatten, kann in der Information, welche die kl. Erbin zur Begründung ihres im Sinne des § 233 GO. gestellten Ansuchens vorgelegt hat, ungeachtet der darin enthaltenen Eidsanerbietung von Seite des A nicht die nach dem Gesetze erforderliche Grundlage für den erbetenen richterlichen Ausspruch erkannt und muss das eingebrachte Gesuch aus diesem Grunde als ungerechtfertigt erklärt werden.

64.

Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis im Laufe eines Rechtsstreits. Ersatzpflicht des Beweisführers für die Kosten der Intervention des Gegners.

Vgl. Bd. VI Nr. 175.

(E. 20. Nov. 1888, Z. 13.621.)

Dem in den Vorinstanzen mit seinem Kostenanspruche abgewiesenen Gegner des Beweisführers wurden vom OGH. die Kosten zuerkannt in der Erwägung, dass bei der Vornahme eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse der Beweisführer im Sinne des § 193 aGO. die diesfalls aufgelaufenen Unkosten, mithin auch diejenigen, welche dem Gegner des Beweisführers durch die Intervention bei der Vornahme des betreffenden Beweises entstanden sind, selbstverständlich sofern dieselben notwendig waren, vorzuschiessen hat, in dieser Beziehung es gleichgiltig ist, ob der Beweis vor Ueberreichung der Klage oder erst nach derselben angesucht wurde, zumal noch ungewiss ist, ob im Laufe des anhängigen Strittes der diesfällige Beweis überhaupt zugelassen, bez. von dem Ergebnisse des zum ewigen Gedächtnisse aufgenommenen Beweises Gebrauch gemacht wird, dem Beweisführer aber unbenommen bleibt, die allenfalls vorschussweise bestrittenen Auslagen seinerzeit im Hauptstritte zum Rückersatze zu liquidiren; in Erwägung, dass die Berechtigung des Recurrenten zur Intervention bei der Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtnisse nicht angezweifelt werden kann, zumal das diesfällige Gesuch gegen ihn gerichtet war, er zu der diesfälligen Tagfahrt vorgeladen wurde.

65.

Sequestration der Erträgnisse eines Pachtguts ohne bücherliche Anmerkung.

(E. 21. Nov. 1888, Z. 13390.)

Die vom 1. R. bewilligte exec. Sequestration der Früchte eines vom Schuldner gepachteten Feldstücks wurde vom OLG. abgeschagen, weil, wenn auf die Früchte eines liegenden Guts Execution geführt werden will, nach § 320 aGO. diese Sequestration im öffentlichen Buche vorgemerkt werden muss, und weil A um eine solche bücherliche Vormerkung nicht angesucht hat, und auch das Pachtrecht des B nicht einverleibt ist. Der OGH. fand den erstr. Bescheid wiederherzustellen; denn wenn auch im Executionsgesuche das Begehren um executive Sequestration der gewonnenen Ernte des in Rede stehenden Grundstücks gestellt worden ist, so geht doch aus dem Gesuche hervor, dass die exec. Sequestration dieser Früchte als des dem Schuldner gehörigen Pachterträgnisses angesucht wurde, wobei die bücherliche Anmerkung der Sequestration nicht erforderlich ist.

66.

Privat- oder öffentlicher Dienst der bei einer Staatsbehörde verwendeten Tagschreiber? Zulässigkeit des Zugriffs auf deren Diurnum wegen einer Militärtaxe.

(E. 3. Juli 1888, Z. 7645.)

Die vom 1. R. verweigerte executive Einantwortung eines Diurnums zur Einbringung einer Militärtaxe wurde in den oberen Instanzen bewilligt vom OGH. mit der Begründung, weil unter den Diurnen, von welchen im Mittelsatze des ersten Absatzes des § 3 des Gesetzes vom 21. April 1882 (RGB. 123) die Rede ist, schon nach der Verbindung, in welcher dieser Mittelsatz im ganzen Satzgefüge erscheint, nur solche Taggelder verstanden werden können, welche von den in den §§ 1 und 2 dieses Gesetzes erwähnten Personen genossen werden, und weil die Bestimmungen dieses Gesetzes nach ihrem Anlasse und Zwecke überhaupt nur die Bezüge der im öffentlichen Dienste stehenden Personen und ihrer Hinterbliebenen zum Gegenstande haben, zu diesen Personen aber jene zu dem Staate in keinem Dienstverhältnisse stehenden Hilfsarbeiter nicht zu rechnen sind,

welche, wie dies bei dem Beschwerdeführer der Fall ist, von den Gerichten nur gegen Taglohn (Diurnum) aufgenommen werden, auf welche daher in Ansehung der Execution auf einen solchen Bezug nur die Vorschriften des Gesetzes vom 29. April 1873 (RGB. 68) Anwendung finden können, weil es sich endlich im vorliegenden Falle um die Execution wegen einer rückständigen Militärtaxe handelt, somit einer durch das Wehrgesetz vom 2. Oct. 1882 (RGB. 153) (§ 55) und das Gesetz vom 13. Juni 1880 (RGB. 70) eingeführten öffentlichen Abgabe, wegen welcher nach § 7, Al. 2 des Gesetzes vom 29. April 1873 die Execution auch auf die sonst unter die §§ 1 und 3 dieses Gesetzes fallenden Diurnen zulässig ist.

67.

Voraussetzung für die Bewilligung des provisorischen Personalarrests: Fluchtverdacht wegen beabsichtigter Uebersiedlung in ein anderes Kronland?

(E. 4. Juli 1888, Z. 8020.)

Der vom 1. R. bewilligte Arrest wurde vom OLG. behoben, weil das vom Gemeindevorstande M unterm 10. Mai 1888 ausgestellte Zeugnis eine Beurkundung eines Fluchtverdachts des Schuldners wegen schuldiger Zahlung nicht enthält, sondern eine nach Polen beabsichtigte Auswanderung recte Uebersiedlung beinhaltet, welche auch in dem Zeugnisse vom 18. Mai 1888 dahin ihre weitere Erklärung findet, dass eine Uebersiedlung nach Galizien beabsichtigt wurde, übrigens ein Fluchtversuch schon aus dem Grunde ausgeschlossen erscheint, indem über die bereits am 3. März 1888 überreichte Klage des A dem B genügende Zeit geboten war, die Flucht zu ergreifen, somit die Bedingungen des § 275 aGO. nicht vorhanden sind.

Der OGH. bestätigte die o. g. E., weil auf die erst im Revisionsrecurse vorgebrachten neuen Umstände ein Bedacht nicht genommen werden kann, in dem Arrestgesuche aber keine solchen Umstände bescheinigt wurden, aus denen mit Grund geschlossen werden könnte, dass sich B mit der Absicht trage, durch Entfernung von seinem gegenwärtigen Wohnsitze dem A die Rechtsverfolgung unmöglich zu machen oder zu erschweren, dass derselbe also wegen der schuldigen Zahlung der Flucht verdächtig sei, zumal aus dem in dem Zeugnisse des Gemeindeamts M vom 10. Mai 1888 bestätigten Umstande, dass B nach Polen auszuwandern beabsichtigt, mit Rücksicht darauf, dass mit der von demselben Gemeindeamte am 18. Mai 1888 abgegebenen Erläuterung unter der Auswanderung nach Polen die Uebersiedlung in die Stadt R in Galizien zu verstehen sei, die Gefahr einer Flucht im Sinne des § 275 aGO. nicht abgeleitet werden kann, und auch der bereits im Jahre 1887 erfolgte Verkauf des Hauses des B sowie die Veräusserung der Mobilien desselben mit Rücksicht auf die oben erwähnte blosse Uebersiedlung an einen anderen im Inlande gelegenen Ort einen Fluchtverdacht nicht begründen kann.

68.

Beweisvertheilung bei der Einklagung einer Conventionalstrafe. Entbehrlichkeit eines urkundlichen Beweises über die Nichterfüllung der durch die Conventionalstrafe bestärkten Verbindlichkeit für die Einleitung des Executivverfahrens.

(E. 21. Nov. 1888, Z. 13519.)

Das vom 1. R. eingeleitete Executivverfahren fand das OLG. durch das schriftliche Verfahren zu ersetzen, in der Erwägung, dass das Executivverfahren im Sinne des § 298 aGO. und des Hfd. vom 7. Mai 1839 (JGS. 358) nur stattfindet, wenn das Klagerecht sich in allen Theilen auf vollen Glauben verdienende Urkunden gründet; dass durch die beigebrachte Contractsurkunde vom 9. Dec. 1887 zwar dargethan wird, dass sich der Gekl. in den daselbst bestimmten Fällen zur Zahlung einer Conventionalstrafe von 2000 fl. verpflichtet hat, jene Umstände aber, zufolge deren nach der Behauptung des Kl. der Fall der Conventionalstrafe vorliegend eingetreten ist, nicht urkundlich nachgewiesen wurden.

Der OGH. fand den erstr. Bescheid wiederherzustellen in Erwägung, dass zwar der Kl., welcher die Einleitung des Executivverfahrens im Sinne des § 298 aGO. und des Hfd. vom 7. Mai 1839 (JGS. 858) begehrt, den eingeklagten Anspruch allerdings im vollen Umfange des geltend gemachten Klagegrundes durch Urkunden der in den gedachten Gesetzen vorgezeichneten Art liquid stellen muss, dass aber zum Klagegrunde eben nur jene Thatsachen gehören, welche der Kl. beim Leugnen des Gekl. zur Begründung seines Anspruchs zu beweisen haben würde, dass demnach die Verpflichtung des Kl. zum Urkundenbeweise in seiner Klage nicht weiter reicht als seine eventuelle Beweispflicht im Processe überhaupt; dass im vorliegenden Falle, wo der Kl. vom Gekl. die Zahlung einer Conventionalstrafe wegen Nichterfüllung der durch diese Strafe bestärkten Vertragsverbindlichkeiten fordert, derselbe zur Begründung seines Klagerechts eben nur die Verabredung bezüglich dieser Strafe zu erweisen hat, während der Beweis darüber, dass der Gekl. seine Vertragsverbindlichkeiten erfüllt habe und hiedurch das Entstehen des kl. Anspruchs auf Zahlung einer Conventionalstrafe gehindert worden sei, nur dem Gekl. obliegt; dass der Kl. in der vorliegenden Klage durch den Beischluss des von beiden Theilen gefertigten Contracts vom 9. Dec. 1887 im Sinne der obigen Gesetzesbestimmungen urkundlich nachgewiesen hat, dass zwischen denselben eine Conventionalstrafe von 2000 fl. verabredet worden sei, welche der Gekl. in dem Falle zu zahlen haben sollte, als er während der Dauer des Vertrags eigenmächtig das Engagement verlässt, und der vom Kl. behauptete Eintritt dieser Thatsache eben den Anlass zur vorliegenden Klage bildet.

69.

Sequestration eines zu einer Concursmasse gehörigen Guts: Bestellung des Massaverwalters zum Sequester.

(E. 23. Mai 1888. Z. 6033.)

A führte wegen seiner Hypothekarforderung die Realexecution gegen die Concursmasse extra concursum und erwirkte der Sequestration des Hypothekarguts unter Bestellung eines Dritten zum Sequester. Auf den Recurs des CMVerwalters bestellte das OLG. den Letzteren zum Sequester, weil nach Absatz 2 des § 83 der ConcO. im Falle einer von einem Realgläubiger erst nach der Concurseröffnung erwirkten Sequestration nur dann, wenn bereits ein besonderer Verwalter bestellt sein sollte, diesem das Amt eines Sequesters zu übertragen ist, im vorliegenden Falle diese Voraussetzung nicht zutrifft, daher dem CMVerwalter die Verwaltung des gesammten Concursmassevermögens zusteht und ihm nicht ein specieller Verwalter beigestellt werden könne.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus deren Gründen und in der Erwägung, dass, insolange nicht für ein in die Concursmasse gehöriges Vermögen ein eigener Verwalter in der durch die §§ 74 und 82 ConcO. vorgeschriebenen Weise gewählt und bestellt worden ist, die Verwaltung des in die Concursmasse einbezogenen Vermögens dem allgemeinen CMVerwalter zusteht, die Vorschrift des Al. 2 des § 83 ConcO. daher, insolange ein besonderer Verwalter nicht besteht, auch auf den allgemeinen CMVerwalter ihre Anwendung zu finden hat.

E. Srafrecht und Strafprocess.

70.

Zu §§ 68 und 81 StG. Umfang der Dienstesobliegenheiten der Finanzwachorgane bei Constatierung einer verbotswidrigen Erzeugung von Tabak.

(E. 22. Juni 1888, Z. 4189. Vors.: Hofr. Dr. R. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott; V. Dr. Stepischnegg.)

Gründe: . . . . . . Die Ausführungen der NB. zur Begründung der Behauptung, dass Respicient T zur Zeit der gegen ihn gerichteten Gewaltthätigkeiten und Beleidigungen nicht in Ausübung seines Dienstes begriffen gewesen sei, sind

unzutreffend. Schon nach der Natur der Sache kann es keinem Zweifel unterliegen, dass ein Finanzwachorgan, wenn es in die Lage kommt, eine Gefällsübertretung wahrzunehmen, sofort einzuschreiten habe, ohne einen Auftrag der vorgesetzten Behörde abzuwarten. Ist doch die Finanzwache nach ihrer Organisation dazu bestimmt, den Schleichhandel und Uebertretungen der Gefällsvorschriften zu verhindern, verübte Uebertretungen dieser Vorschrift zu entdecken [§ 1 a und b der Verfassung und Dienstvorschrift für die k. k. Finanzwache — Hfd. vom 21. April 1843 (PGS. 44)]; und hat nach § 133 ebenda das in Dienst befindliche Finanzorgan sofort die nöthigen Maassregeln zur Einleitung des Verfahrens und, wenn thunlich, zur Sicherung der Strafe zu treffen. Als eine solche Maassregel erscheint nach § 535 GefStG. die jedem Beamten oder Angestellten, welcher eine Person oder Sache wegen Anzeigungen einer Gefällsübertretung anhält, obliegende Pflicht der Aufnahme einer Thatbeschreibung und der Beschlagnahme des den Gegenstand der Gefällsübertretung bildenden Objects. Zu den besonderen Verpflichtungen der Finanzwache gehört (§ 32 b, Verfassung und Dienstvorschrift) die vorschriftsmässige Beaufsichtigung der Grundbesitzer, die durch die bestehenden Vorschriften zum Schutze eines Staatsgefälls einer besonderen Aufsicht unterworfen sind; ferner die Nachschau (§§ 71 a und 74) bei unter Aufsicht gestellten Gewerbetreibenden, die sich mit Erzeugung controlpflichtiger Gegenstände befassen, um sich die Ueberzeugung zu verschaffen, dass das Verfahren nur auf den hiezu bestimmten Grundstücken oder in den zugewiesenen Orten vollzogen sei. Tabak ist nach § 381, 2 der Zoll- und Staatsmonopolsordnung der ausschliesslichen landesfürstlichen Verfügung für den Staatsschatz vorbehalten, daher nach § 401 ebenda solchen Niemand ohne Bewilligung der Gefällsbehörde erzeugen darf; nach § 311 GefStG. begründet jede verbotswidrige Erzeugung von Gegenständen des Staatsmonopols eine schwere Gefällsübertretung und nach § 312 GefStG. ist bei verbotswidriger Erzeugung von Tabak, wenn die Tabakblätter noch nicht die zum Genusse oder zur Bearbeitung geeignete Grösse erreicht haben, die Tabakpflanze auszureissen und zu vertilgen. Somit ist der Respicient T, indem er die im Garten und im Weinberge des Angekl. S wachsenden Tabakpflanzen aushob, den gesetzlichen Vorschriften vollkommen entsprechend vorgegangen und war derselbe hiebei durchaus in Ausübung seines Dienstes begriffen, dessen ungestörte Verrichtung eben durch die Strafsanction des § 81 StG. geschützt ist. Von der Erörterung der Frage, ob derselbe hiezu ein Organ der politischen oder Gemeindebehörde hätte beiziehen sollen, kann der Cassationshof füglich absehen, da auch die allfällige Nichtbeachtung einer Förmlichkeit von Seite des Finanzorgans den Widerstand gegen dasselbe und dessen Amtshandlung nicht zu rechtfertigen vermocht hätte, und es soll hier nur noch bemerkt werden, dass die vom Beschwerdeführer angedeuteten Vorschriften wegen Zuziehung von politischen oder Gemeindeorganen sich nur auf die Fälle notwendiger Durchsuchungen von geschlossenen Räumlichkeiten, nicht aber auf solche Amtshandlungen beziehen, welche, wie im vorliegenden Falle, nur die Constatierung des Anbaues von Tabakpflanzen im Freien und deren Beschlagnahme zum Gegenstande haben. Die NB. der Angekl. war daher als ganz unbegründet abzuweisen.

71.

Notwendigkeit der Erhebung des behaupteten Eidhindernisses der Feindschaft. (StPO. § 170/6.)

(Cass.-E. 26. Juni 1888, Z. 7433.)

Gründe: Im Laufe der Hauptverhandlung hatte sich der Vertheidiger des Angekl. der Beeidigung der Zeuginnen B, Mutter und Tochter, mit Hinweis auf den Umstand widersetzt, dass zwischen dem Angekl. und der Familie B bereits fünf Conflicte stattgefunden haben, daher auf das Bestehen einer Feindschaft zwischen dem Angekl. und den Zeuginnen (im Sinne des § 170/6 StPO.) zu schliessen sei. Der GH. hat gleichwol die Zeuginnen beeidigt, weil durch die blosse Behauptung einer Feindschaft der Zeuginnen gegen den Angekl., welche Feindschaft übrigens von den Zeuginnen in Abrede gestellt wurde, durchaus kein Beweis für dieselbe geliefert erscheine, somit das Eideshindernis des § 170/6

StPO. nicht vorliege. Der GH. hat dabei übersehen, dass der Vertheidiger nicht die nackte Behauptung einer Feindseligkeit der Zeuginnen gegen den Angekl. aufgestellt, vielmehr auf positive Thatsachen (frühere Conflicte) hingewiesen hat, welche die Grundlage seiner Behauptung bildeten. Diese Thatsachen zu untersuchen, wäre Pflicht des GH. gewesen, umsomehr als schon die Zeugin B, Tochter, in ihrer Aussage auf länger währende Misshelligkeiten zwischen ihrer Familie und dem Angekl. hingewiesen hat, deren Schuld sie freilich dem Angekl. allein zuschreibt, und auch die Thatsache selbst, dass nach den richterlichen Feststellungen der Angekl. sich am Tage der That lange mit den beiden B im Streite befand, und von B sen. zuerst geschlagen wurde, die Behauptung des Vertheidigers zu unterstützen geeignet erscheint. Indem der GH. es unterlassen hat, die erforderlichen Erhebungen über das behauptete Feindschaftsverhältnis zu pflegen, zu denen nach dem Gesagten hinreichender Anlass vorhanden war, konnte er auch jene Feststellungen nicht vornehmen, die es dem CH. ermöglicht hätten, die Rechtsfrage zu überprüfen, ob die Anwendbarkeit des § 170/6 StPO. im vorliegenden Falle mit Recht für ausgeschlossen erachtet wurde. Und doch wäre die Erörterung des Verhältnisses zwischen dem Angekl. und den Zeuginnen umso nothwendiger gewesen, als der Schuldbeweis bezüglich beider Anklagefacten so gut wie ausschliesslich auf den Aussagen der beiden Zeuginnen B beruht, und zudem die Aussage der Zeugin B sen. auch betreffs des objectiven Thatbestands nicht der Wichtigkeit entbehrt, indem diese Aussage von den Sachverständigen bei Beurtheilung der Folgen, welche die Handlung des Angekl. nach sich gezogen hat, jedenfalls gewürdigt worden ist und gewürdigt werden musste. Das U. musste somit aufgehoben und die Strafsache zur neuerlichen Verhandlung rückverwiesen werden.

72.

400. Wucher: Begriff der Notlage. Aufnahme eines Darlehens, um zur Rettung einer Hypothekarforderung bei der zwangsweisen Veräusserung der Hypothek mitzubieten.

(E. 20. Oct. 1888, Z. 6165. Vors.: Hofr. Dr. v. Harrasowsky; GP.: CIGR. Dr. v. Ruber.

Gründe: Das angef. U. stellt fest, dass Helene G, um dem Verluste vorzubeugen, welcher ihr aus der executiven Veräusserung des ihrem in Strafhaft befindlichen Gatten gehörigen Guts, auf welchem für sie eine Heiratsgutsforderung von 3000 fl. haftete, bevorstand, sich veranlasst sah, bei der Feilbietung mitzubieten. Das hiezu erforderliche Vadium von 500 fl. erhielt sie, wie weiter festgestellt wurde, aus dem Vermögen der Josefa T durch Mitwirkung des seither verstorbenen Josef T und des Josef K nur unter der Bedingung, dass sie von ihrer Heiratsgutsforderung einen Betrag von 800 fl. der Josefa T cediere und ihr statt der Zinsen die theilweise Benützung des Guts auf 6 Jahre einräume. Dieser Vertrag wurde einige Tage später durch einen neu errichteten Pacht- und Darlehensvertrag ergänzt, in welchem Helene G, nachdem ihr Josef T gedroht hatte, er werde ihr die übergebenen 500 fl. wieder nehmen, wenn sie nicht die dreijährigen Zinsen des Betrags von 800 fl. in der Höhe von 150 fl. capitalisiere und hierüber einen Schuldschein ausstelle, bekannte, nebst dem Betrage von 500 fl. auch noch den Betrag von 150 fl. bar erhalten zu haben. Diesen thatsächlichen Feststellungen gemäss erhielt also Helene G den Betrag von 500 fl. gegen Verschreibung von 950 fl. und Einräumung von Pachtrechten auf 6 Jahre. Der Gerichtshof erblickte in diesem Vorgehen eine Ausbeutung der dem Creditgeber Josef T bekannten Notlage der Helene G behufs Zuwendung maassloser, das wirtschaftliche Verderben der Creditnehmerin zu befördern geeigneter Vermögensvortheile. Er erkannte demnach die Josefa T, welche das Geld in Kenntnis der Sachlage hergab und in deren Vollmacht Josef T handelte, sowie den Josef K, dessen Verhalten sich als intellectuelle Urheberschaft darstellt, als Mitschuldige an dem Vergehen nach §§ 1 und 2 des Ges. v. 28. Mai 1881 (RGB. 47) für straffällig. Josef K bekämpft diesen Spruch mit der auf die Z. 9a des § 281 StPO. gestützten NB. Ausgehend von der Annahme, dass die Situation der Helene G zur Zeit der Contrahierung des Darlehens derart beschaffen war, dass der gänzliche Verlust ihres Vermögens bevorstand, wenn es ihr nicht gelang, die Realität zu erstehen,

erklärt Josef K zunächst die Beschaffung des Vadiums unter den hervorgehobenen Bedingungen als eine Maassnahme, welche eher geeignet war, das wirtschaftliche Verderben der Creditnehmerin hintanzuhalten, als zu befördern und führt weiter aus, dass die ausbedungenen Vermögensvortheile keineswegs maasslos gewesen seien, vielmehr sich als solche darstellen, welche mit Rücksicht auf die Gefahr des creditierten Capitales und die Vortheile, welche der Helene G aus der ermöglichten Ersteigerung der Realität erwuchsen, geradezu verschwindend klein seien; er bestreitet aber auch, und zwar unter Berufung auf Z. 5 des § 281 StPO., dass sein Verhalten bei Vermittlung dieses Geschäfts die Criterien der Mitschuld an sich trage, indem eine Einwirkung auf die Willensrichtung der Thäter, wie dies § 5 StG. voraussetze, aus der Annahme des GH., dass er der juristische Beirat der Eheleute T und der Vermittler des Geschäfts gewesen sei, sich nicht ergebe. Diese Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

Der Umstand, ob es der Helene G zum Vortheile gereichte, als Mitbieterin bei der Feilbietung der fraglichen Realität auftreten zu können, ist für die Frage der Eignung des eingegangenen Creditgeschäfts, das wirtschaftliche Verderben herbeizuführen oder zu befördern, ohne Belang. Um dieses Delicts-Requisit darzuthun, ist lediglich die Constatierung der Thatsache erforderlich, dass durch das Einräumen von Vermögensvortheilen für die Creditgewährung eine dauernde Störung des Gleichgewichts zwischen den Einnahmen und den Ausgaben zu befürchten war. Auch wenn der gewährte Credit zu productiven Zwecken angestrebt wurde, ist strafbare Ausbeutung möglich. Dass aber die Vermögenslage der Helene G bei Eingehung des Creditgeschäfts eine derartige war, dass die Bedingungen, unter welchen der Credit gewährt wurde, als verderbliche bezeichnet werden müssen, unterliegt nach den thatsächlichen Feststellungen keinem Zweifel. Um ihre nur bis zur Höhe von 1600 fl. hypothekarisch sichergestellte Heiratsgutsforderung zu retten, musste sie hievon einen Betrag von 950 fl. abtreten, mithin nach Abzug der erhaltenen 500 fl., auf mehr als ein Viertel ihres Vermögens verzichten. Hiezu tritt aber noch die Thatsache, dass sich Helene G in dem Pachtvertrage vom 12. Juli 1887 verpflichtete, durch sechs Jahre der Creditgeberin statt der Zinsen die Benützung eines Theils des zu erstehenden Guts einzuräumen; ein Umstand, welcher umso schwerer ins Gewicht fällt, als aus dem im U. bezogenen gerichtlichen Vergleiche vom 18. Aug. 1887, Z. 3024, erhellt, dass es sich bei dieser, die Verzinsung des Darlehens verschleiernden Pachtung um den grössten Theil der Gesammterträgnisse des fraglichen Guts handelte und als weiter aus dem Pachtvertrage resultiert, dass für den Fall der Nichtzuhaltung auch nur einer der darin bezüglich der Rückzahlung bedungenen Raten, die Fortdauer des Benützungsrechts bis zur Rückzahlung des ganzen Capitals bedungen wurde. Der Einwand aber, dass die Cession keine Zahlungsfristen bestimmte und überdies eine Forderung betraf, deren Fälligkeit nach den §§ 1227 und 1229 bGb. erst nach dem Tode des Gatten einzutreten hatte, erscheint angesichts der Thatsache, dass diese Cession durch den später nach Ersteigerung des Guts von Helene G abgeschlossenen Pachtvertrag überholt wurde, ohne Belang. Die Vermögensvortheile, welche Helene G bei Erhalt eines im Stande aufliegender Notlage contrahierten Darlehens von 500 fl. einräumen musste, erscheinen demnach durch ihre Maasslosigkeit allerdings geeignet, das wirtschaftliche Verderben der Creditnehmerin herbeizuführen . . . .

73.

401. Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen durch einen dem Adressaten nicht zugestellten Brief.

(E. 2. Nov. 1888, Z. 4224. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; V.: Dr. Josef Kotrbelec.)

Josef S wurde angeklagt, an den hart vor der Zahlungseinstellung befindlichen Handelsmann Alois K einen Brief geschrieben und recommandiert zur Post gegeben zu haben, in welchem er demselben die Gläubiger benachtheiligende Ratschläge zur Verhehlung eines Theils seines Vermögens ertheilt. Dieser Brief gelangte, da inzwischen über Alois K der Vermögensconcurs verhängt worden

war, nicht mehr an den Adressaten, sondern wurde dem CMVerwalter und durch diesen der Behörde übergeben. Auf Grund dieses Hergangs des Verbrechens der versuchten Verleitung zum Betruge nach §§ 9 und 199 lit. f St. G. schuldig erkannt, bekämpft der Verurtheilte in seiner NB. die erstr. Gesetzanwendung, gegen welche er einwendet, dass bei unterbliebener Zustellung des Briefs ein Einwirken auf den Cridatar, wie es § 9 StG. voraussetzt, nicht stattfand, und dass somit nur ein unsträflicher Versuch der versuchten Verleitung zum Betruge vorliegt. Der Vertreter der GP. bemerkte hierüber unter Anderem: „Aus der Entstehungsgeschichte des § 9 StG. (vergleiche von Hye's Erläuterungen zum StG.) ergibt sich, dass diese Gesetzesstelle eine bei Bestand des § 7 (jetzt § 8) des StG. vom Jahre 1803, in der Praxis fühlbar gewordene Lücke auszufüllen bestimmt ist. Vielfach nemlich wurde, wie Jenull's und Kitka's Ausführungen zeigen, versuchte Anstiftung zu einer strafgesetzwidrigen Handlung als nicht mit Strafe bedroht erklärt. Dieser Auffassung entgegenzutreten und ergänzend in das System des StG. einzugreifen, war der Zweck des § 9 StG. Es liegt im Sinne desselben dem Begriffe der versuchten Verleitung jedes Verhalten zu unterstellen, das, abzielend auf das Einleiten und Veranlassen einer Uebelthat (§ 5 StG.), über die im § 11 StG. für die Straflosigkeit der nuda cogitatio und des inneren Vorhabens abgesteckte Grenze hinausschreitet (vergleiche Geyer Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen, insbesondere S. 124 und ff.). Dabei wird selbstverständlich vorausgesetzt, dass die strafgesetzwidrige Absicht in der anstiftenden Thätigkeit eine erschöpfende Darstellung fand. Auf den vorliegenden Fall trifft diese Voraussetzung zu. Hätte Alois K den brieflichen Rath des Angeklagten befolgt, so würde er die Verantwortlichheit nach § 199 lit. f StG. unzweifelhaft auf sich geladen haben. Es ist nicht das Verdienst des Angeklagten, der, was an ihm lag, zur Erreichung seines Ziels ins Werk gesetzt hat, dass der sträfliche Inhalt des Briefs dem Alois K nicht bekannt geworden ist. Dass dieses Bekanntwerden durch ein vom Angeklagten nicht vorhergesehenes Hindernis vereitelt wurde, hat strafrechtlich kein andere Bedeutung, als wenn Alois K den Brief übernommen, aber unbeachtet bei Seite gelegt oder zwar gelesen, aber die ertheilten Ratschläge abgelehnt hätte. Aus welcher vom Willen des Anstifters unabhängigen Ursache das Auffordern, Aneifern oder Verleiten erfolglos bleibt, darauf kann es, weil das Gesetz nicht unterscheidet und nach der Natur der Sache, nicht ankommen. Wenn also im § 9 StG. von einer Einwirkung, welche ohne Erfolg blieb, die Rede ist, so lässt sich daraus sicherlich nicht das Erfordernis ableiten, dass der Anzustiftende unter allen Umständen in die Lage persönlicher Entscheidung versetzt werden, dass an ihn die Thätigkeit des Anstifters herangetreten, dass sie ihn wirklich erreicht haben müsse.

Der CH. verwarf die Beschwerde. „Denn“, so besagen die Entscheidungsgründe, „die im Briefe des Angeklagten dargelegte Absicht zielte offenbar auf Verleitung des Alois K zum Verbrechen nach §§ 197, 199 lit. f StG. und wenn auch Alois K im gegebenen Falle den Brief thatsächlich nicht erhielt, so hat doch Josef S alles gethan, was zur Herbeiführung des beabsichtigten Verbrechenserfolgs von seinem Standpunkte aus thunlich war; der Umstand aber, dass gegen seinen Willen die versuchte Einwirkung auf Alois K nicht zustande gekommen war, kann den Nichtigkeitswerber nicht straflos machen.“

74.

402. Eideshindernis aus der Theilnahme an dem Anklagedelicte (StPO. § 170/7): Begriff der Theilnahme an dem Anklagedelicte.

(Cass.-E. 7. Nov. 1888, Z. 9365.)

Die StA. belangte den M wegen des in den §§ 9 und 144 StG. vorgesehenen Verbrechens, begangen dadurch, dass er die von ihm geschwängerte A zu Handlungen zu verleiten suchte, durch welche die Abtreibung ihrer Leibesfrucht bewirkt werden sollte. Das Verfahren gegen A wurde eingestellt und dieselbe als Zeugin zur Hauptverhandlung vorgeladen. Hier erfolgte trotz des Protestes des Vertheidigers die Beeidigung, obgleich hervorkam, dass A auf Antrieb des Angekl., wenn auch ohne den gewünschten Erfolg, ernstlich bemüht gewesen ist, von der

Hebamme K Abtreibungsmittel zu erlangen. Nach Ansicht des Gerichtshofs soll die Voraussetzung abgehen, dass A eben jener strafbaren Handlung verdächtig erscheine, welche dem M zur Last gelegt wird. Wider den letzteren wurde schliesslich der Schuldspruch in Gemässheit der Anklage gefällt. Die NB. des Verurtheilten findet rücksichtlich der gerügten Verletzung des § 170, Z. 1 StPO. ihre Stütze in der Erwägung, dass, wäre zu der von M betriebenen Abtreibung der Leibesfrucht der A von ihr selbst, oder mit ihrem Wissen und Willen von einem Dritten, mindestens ein strafbarer Versuch unternommen worden, der Bestand des Eidhindernisses nicht bezweifelt würde, während doch angesichts der völligen Identität des strafgesetzwidrigen Erfolgs, auf welchen M und A ausgiengen, zu derlei Zweifeln auch der Umstand nicht veranlassen kann, dass ihre Thätigkeit vor Erreichung des Versuchsstadiums unterbrochen wurde und, als Bestandtheile einer Gesammtthat, lediglich zwei Delicte des § 9 StG. existent geworden sind. Vom CH. wurde der NB. in Gemässheit des § 5 der Strafprocessnovelle stattgegeben, das angef. U. aufgehoben und die Strafsache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das KG. zurückverwiesen.

Gründe: . . . Wird erwogen, dass A sich über Aufforderung des Angekl. zur K begeben hat, um von der letzteren Abortivmittel zu erhalten, wird ferner erwogen, dass gemäss § 9 StG. auch schon der erfolglose Versuch intellectueller Einwirkung die eben dort vorgesehene Verletzung des StG. herbeiführt, wird endlich erwogen, dass gerade der durch M auf A zum Zwecke der Abtreibung der Leibesfrucht geübte erfolglose Einfluss den Gegenstand der Anklage nach §§ 9 und 144 StG. bildet und dass A bei der Hauptverhandlung über die obigen Umstände als Zeuge einvernommen werden sollte, so kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass Letztere im Verdachte steht, an dem M zur Last gelegten Verbrechen theilgenommen zu haben. Durch das obige, gegen den Antrag der Vertheidigung gefällte Zwischenerkenntnis wurde somit, da die Thatsache der Einstellung der wider diese Zeugin durchgeführten Vorerhebungen die Bedenklichkeit derselben nicht zu beseitigen vermag, die Vorschrift des § 170, Abs. 1 StPO. verletzt.

75.

403. Begriff der Amtsehrenbeleidigung (StG. § 312).

(E. 9. Nov. 1888, Z. 10,089. Vors.: Hof. Mathiasch; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Die unter dem Gesichtspunkte des § 281/9a StPO. aufgestellte Behauptung der NB., dass die von dem Angekl. dem in Ausübung seines Dienstes befindlichen Finanzwachaufseher S gegenüber gebrauchte Aeusserung: „Sie kennen ihre Instruction nicht“, den Thatbestand der Uebertretung nach § 312 StG. nicht ausfülle, kann als richtig nicht erkannt werden. Gehört zu den Amtspflichten jedes obrigkeitlichen Organs die Kenntnis der Vorschriften, welche die Ausübung des Dienstes desselben regeln, so begründet der Vorwurf der Unkenntnis dieser Vorschriften eine Beleidigung, weil dem obrigkeitlichen Organe damit jedenfalls ein Mangel jener Eigenschaften zur Last gelegt wird, deren dasselbe zur entsprechenden Ausübung seines Amts bedarf, worin unzweifelhaft eine Herabsetzung der Amtsehre und der ämtlichen Autorität enthalten ist. Ganz unerheblich ist es, wenn die NB. zur Entkräftung dieser vom GH. dem Straferkenntnisse zugrunde gelegten Ansicht hervorhebt, dass die Aeusserung des Angekl. deshalb des beleidigenden Charakters entbehre, weil ja gegen jede Amtshandlung eines obrigkeitlichen Organs ein Beschwerderecht zulässig sei. Denn abgesehen davon, dass in beleidigender Form abgefasste Beschwerden gegen das Vorgehen obrigkeitlicher Organe an sich eine strafbare Handlung begründen können, wäre es dem Angekl. vollkommen freigestanden, in objectiver und sachlicher Weise in einer Beschwerde an die Oberbehörde die Ansicht zu vertreten, dass seitens der obrigkeitlichen Organe eine unrichtige Gesetzesanwendung stattgefunden habe. Das hat aber der Angekl. nicht gethan; er hat vielmehr gegen den sein Amt ausübenden Beamten einen beleidigenden Vorwurf erhoben. Ein solcher Vorwurf ist von der Ausübung des Beschwerderechts wesentlich verschieden; der Form nach, weil eine Beschwerde die Dienstverrichtung nicht zu stören vermag, was allerdings der

Fall ist, wenn ein Vorwurf, wie der vorliegende, gegen einen sein Amt ausübenden Beamten erhoben wird, — der Sache nach, weil die an die höhere Behörde gerichtete Beschwerde ihre Rechtfertigung einerseits durch die Wahrheit der behaupteten Thatsachen, für die der Beschwerdeführer jedenfalls einzustehen hat, anderseits aber durch den angestrebten Zweck der Herbeiführung einer höheren Entscheidung findet, und weil die Darlegung einer, von jener des obrigkeitlichen Organs verschiedenen Auffassung noch nicht den Vorwurf der Gesetzunkenntnis auf Seite des Letzteren in sich schliesst. Dies alles trifft im vorliegenden Falle nicht zu, wo — ganz abgesehen von der hier nicht zu erörternden Frage, ob der Angekl. mit seiner Auffassung im Rechte war oder zu sein vermeinte — der Angekl. sich nicht etwa sein Beschwerderecht vorbehielt oder dasselbe ausübte, sondern gegen das sein Amt ausübende behördliche Organ in einer Weise vorgieng, die vom GH. mit vollem Rechte der Bestimmung des § 312 StG. unterzogen worden ist.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.[1]

10. Anfechtung. Begriff der unentgeltlichen Verfügung.

In der juristischen Literatur herrscht darüber vielfache Unklarheit, was unter den unentgeltlichen Verfügungen des § 25[1] der ConcO.[2] zu verstehen sei. Indessen darf jetzt soviel als ausgemacht angesehen werden, dass der Begriff weiter ist als der der freigebigen Verfügungen. Insonderheit steht die reichsgerichtliche Spruchpraxis entschieden auf diesem Standpunkt. Vergl. die Urtheile des II. C. S. II 263/83 vom 27. Nov. 1883 in den Entscheidungen Bd. 10, 22, II 195/85 vom 7. Juli 1885 bei Bolze Praxis Bd. 2, 566, das U. des III. C. S. III 363/85 vom 16. April 1886 daselbst Bd. 3, 385, des VI. C. S. VI 185/86 vom 28. Oct. daselbst Bd. 3, 379. Geht man hievon aus, so bieten sich für die Abgrenzung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung zwei Momente dar: das eine ist die Beurtheilung aus dem Standpunkt dessen, welchem die Verfügung zugute gekommen ist; das andere ist die Beurtheilung aus dem Standpunkt dessen, welcher die Verfügung getroffen hat. Nun lässt sich die Meinung nicht aufrecht erhalten, dass eine Unentgeltlichkeit erst dann ausgeschlossen sei, wenn die Verfügung entgeltlich nach beiden Richtungen sei. Hat der Gemeinschuldner für seine Person ein Entgelt weder erhalten noch angestrebt, so wäre es doch unverständig, dem andern das, was ihm durch die Verfügung zugute gekommen ist, wieder entziehen zu wollen, wenn er um dieser Leistung willen ein Entgelt übernommen oder gewährt hat, sei es auch mit Wissen und Willen des Verfügenden zu Gunsten eines Dritten. Eine Bürgschaft kann nicht um deswillen angefochten werden, weil der Bürge unter Verzicht auf jeden Regress gegen den Hauptschuldner und ohne dass ihm von dem Gläubiger für die Uebernahme der Gefahr eine Entschädigung versprochen ist, eingetreten ist: wenn der Gläubiger nur um der Bürgschaft willen creditiert hat, wenn er also etwa das Darlehen ausgezahlt hat, weil er die Sicherheit der Rückzahlung allein in der Person des Bürgen fand. Es kann nicht die Absicht der Gesetzgebung sein, um dem Interesse der Gläubiger des Bürgen zu Hilfe zu kommen, das berechtigte Interesse des Gläubigers, gegen welchen die Bürgschaft übernommen wurde, zu opfern. Damit würde die ganze Sicherheit des Verkehrs auf das Spiel gesetzt. Dass die ConcO. sehr weit entfernt davon ist, dem redlichen Gläubiger derartige Verluste anzusinnen, geht schlagend daraus hervor, dass selbst der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung dieselbe nur soweit zurückgeben soll, als er durch sie bereichert ist. Anderseits kann die Verfügung auf Seiten des Empfängers unentgeltlich in dem Sinne sein, dass er für das, was er empfangen hat oder was ihm versprochen ist, ein Entgelt nicht geleistet noch übernommen hat; die Verfügung ist aber nicht auf Seite

[1] Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.
[2] Dem § 25[1] der Deutschen CO. correspondirt der § 3[1] des Oesterr. AnfG.

dessen, welcher sie getroffen hat, eine unentgeltliche. Auch das muss zur Ausschliessung der Anfechtung genügen. Eine unentgeltliche Verfügung ist nur dann gegeben, wenn die Unentgeltlichkeit auf beiden Seiten vorliegt, sowohl auf Seiten des Verfügenden als auf Seiten des Empfängers. Hier trifft der eine Anfechtung rechtfertigende doppelte Grund zu, dass einerseits der Vermögensmasse des Gemeinschuldners zum Nachtheil von dessen Gläubigern ein Wert entzogen ist ohne jeden Vortheil, anderseits, dass der andere einen Wert erlangt hat ohne Opfer. Bei solcher Sachlage kann ein verständiger Gesetzgeber wohl die Rückleistung zur Masse fordern, wenn innerhalb eines Jahres der Concurs über das Vermögen des Verfügenden ausbricht. Was aber das Band zwischen Leistung und Gegenwert anlangt, so kann dasselbe nach der dem Gesetze zugrunde liegenden Idee nicht beschränkt werden auf den gegenseitigen Vertrag und auf den Fall, dass formell der Leistung oder ihrem Versprechen das klagbare Versprechen einer Gegenleistung gegenübersteht. Auch wenn die ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme einer Gegenleistung etwa wegen der Unbestimmtheit des Inhalts oder aus einem anderen Grunde nicht klagbar ist, liegt doch nichtsdestoweniger eine die Unentgeltlichkeit der Verfügung ausschliessende Uebernahme eines entsprechenden Opfers vor: Gewiss dann, wenn demnächst die Gegenleistung so wie sie von dem Verfügenden erwartet wurde, gewährt ist; aber auch dann, wenn die Gewährung ausbleibt, sofern dem Verfügenden schon nach Civilrecht die condictio ob rem dotorum erwachsen ist, so dass die Eröffnung einer Anfechtungsklage mit den zeitlichen Voraussetzungen des § 25[1] der ConcO. und mit der Schranke des § 30 gegenstandslos sein würde. (U. I. C. S. v. 22. Dec. 1883, Nr. 292.)

11. Umfang des Anfechtungsanspruchs ausser dem Concurse.

Der Rkl. rügt Verletzung des § 7 des AnfG. v. 21. Juli 1879, weil der BR. den vom Kl. vorgelegten Uebertragsvertrag seinem ganzen Inhalte nach „für ungiltig" erklärt habe, obgleich er selbst feststelle, dass die Bekl. aus dem Erlöse der gepfändeten Mobilien, um welche es sich im gegenwärtigen Rechtsstreite allein handle, nichts zu ihrer Befriedigung hätten erlangen können. Diese Rüge erscheint begründet. Der BR. führt aus, dass durch den Vertrag nicht blos die Mobilien des Schuldners, sondern auch die ausstehenden Forderungen desselben an den Kl. übertragen worden seien, dass die Bekl. sich jedenfalls an die Forderungen hätten halten können, und dass, weil der Vertrag als ein untheilbares Ganze anzusehen sei, derselbe auch nur im Ganzen für unwirksam erklärt werden könne. Auf diese Weise gelangt der BR. zu dem Resultate, dass er wegen der Möglichkeit des Zugriffs der Gläubiger auf die mitübertragenen Forderungen, um welche es sich jedoch zur Zeit nicht handelt, die bereits stattgefundene Pfändung der Mobilien aufrecht erhält, obgleich er anerkennt, dass durch die Uebertragung der Mobilien selbst die Gläubiger nicht geschädigt sind. Rechtsirrtümlich ist hierbei, dass das in Betracht kommende Rechtsverhältnis zwischen den anfechtenden Gläubigern und dem Anfechtungsbeklagten, als welcher der Kl. hier anzusehen ist, nicht unterschieden wird von dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Letzteren und dem Schuldner, mit welchem er den angefochtenen Vertrag abgeschlossen hat. Wenn die Frage zu prüfen wäre, ob dem Schuldner gegenüber der Vertrag für ungiltig zu erklären sei, so ist es richtig, dass der Vertrag, da nur ein einheitlicher Kaufpreis für die sämmtlichen Vertragsobjecte festgesetzt ist, nur als ein einheitlicher in Betracht kommen und nicht etwa theilweise für giltig, theilweise für ungiltig erklärt werden könnte. Aber zwischen dem anfechtenden Gläubiger und dem Anfechtungsbeklagten handelt es sich überhaupt nicht um die Rechtsgiltigkeit des Vertrags, sondern nur um die Frage, inwieweit derselbe dem Gläubiger gegenüber für unwirksam zu erachten sei. Wird er dem Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt, so bleibt er gleichwohl unter den Vertragsschliessenden selbst zu Recht bestehen. Der Gläubiger aber kann den Vertrag nur insoweit für unwirksam erklären lassen, als sein Anfechtungsanspruch reicht. Der Anfechtungsanspruch reicht aber nicht weiter, als durch die anfechtbare Handlung der Vermögenszustand des Schuldners, wie er vor Vornahme der Handlung bestand, durch dieselbe zum Nachtheil des Gläubigers verändert worden ist. Waren die Mobilien, wie der BR. festgestellt hat, vor Abschluss des Vertrags bereits durch Verpfändungen von anderen

Gläubigern zu ihrem vollen Werte in Anspruch genommen, so wurden die Bekl. durch Uebertragung dieser Mobilien an den Kl. nicht benachtheiligt und diese Uebertragung ist daher auch ihrem Anfechtungsrechte nicht unterworfen. Vielmehr beschränkt sich dieses Recht auf diejenigen Vertragsobjecte, welche noch ein Befriedigungsmittel für die Gläubiger bieten konnten. Wenn der § 7 des Gesetzes sagt: „Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde", so ruht für die hier zur Entscheidung stehende Frage der Nachdruck auf den Worten: „durch die anfechtbare Handlung". Nur soweit die Handlung anfechtbar ist, muss das Object des Vertrags zurückgewährt werden. Das ist keineswegs in allen Fällen das ganze Object des Vertrags. Schwierigkeiten können in dieser Hinsicht entstehen, wenn das aus dem Vermögen des Schuldners veräusserte Vertragsobject selbst ein untheilbarer Gegenstand ist und nun mit Rücksicht auf die theilweise Anfechtbarkeit ein Ausgleich zwischen dem Anfechtungsanspruche des Gläubigers und dem unanfechtbaren Rechte des Gegners aus dem Vertrage getroffen werden muss. (Vergl. hierüber Cosack, I. Aufl., § 45 Nr. 6 und Note 27 S. 261). Im vorliegenden Falle ist jedoch eine solche Schwierigkeit nicht vorhanden. Der Kaufvertrag umfasst verschiedene trennbare Gegenstände. Die Forderungen können zurückgewährt, bez. dem Zwangsvollstreckungsrechte der Bekl. unterworfen und für angreifbar erklärt werden, während die Mobilien dem Gegner verbleiben. Auf die Einheitlichkeit des Kaufpreises kommt es dagegen für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Anfechtungsbeklagten überhaupt nicht an. (U. II. C. S. 10. Juli 1888, Nr. 141).

12. Unstatthaftigkeit der Ausschliessung der Kündigungsbefugnis bei einer Handelsgesellschaft von unbeschränkter Dauer.

Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 15. März 1880 war die Gesellschaft bis zum 1. October 1882 unkündbar, seit diesem Zeitpunkt bestand sie ohne zeitliche Begrenzung, also auf unbestimmte Dauer. Dem Kl., der im J. 1886 aus der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Commanditisten übergetreten ist, stand demnach zufolge Art. 123, Nr. 6, 124, 170 Abs. 2 Hgb. die Befugnis zu, die Gesellschaft sechs Monat vor Ablauf des Geschäftsjahres aufzukündigen. Diese Kündigungsbefugnis beruht, wie die Instanzrichter mit Recht annehmen, auf einem öffentlichen Interesse, konnte daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht aufgehoben werden. Die Ausführung der Revisionsbegründung, das Gesetz stehe nicht entgegen, bei Gesellschaften von unbeschränkter Dauer Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag zu treffen, welche die Vereitelung des Gesellschaftszwecks durch vorzeitige Kündigung zu verhindern bestimmt seien, ist zwar insofern richtig, als bei derartigen Gesellschaften im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder mittelbar festgesetzt sein kann, dass die Kündigung vor Erreichung eines gewissen Zwecks ausgeschlossen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein soll. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor (U. I. C. S. v. 4. Juli 1888 Nr. 160).

13. Begriff der Preissetzung im Sinne des Art. 363 Hgb.

Der Art. 363 Hgb. ist nur dann anwendbar, wenn der Committent dem Commissionär entweder einen bestimmt dem Geldbetrage nach ausgedrückten Preis gesetzt, oder doch bestimmte Factoren angegeben hat, nach welchen der Commissionär vor oder bei der im Uebrigen (beispielsweise bezüglich des Verkaufsorts und der Verkaufszeit auftragsgemässen Ausführung des Verkaufs den Preis, unter welchem der Committent den Verkauf nicht verwirklicht haben will, genau zu berechnen imstande ist. Diese für den Begriff der Setzung eines Preises im Sinne des Art. 363 wesentlichen Momente werden bei ertheiltem Auftrage, die Commissionswaare an einem bestimmten Orte auf den dort an einem bestimmten Tage stattfindenden Markte zu verkaufen, in der Regel gegeben sein, wenn der Committent bestimmt hat, jene Waare solle nicht unter dem höchsten Preise verkauft werden, welcher (sei es für Waaren derselben Art, sei es für Waaren einer anderen bestimmten Art) bis zu einem bestimmten Zeitpunkte des demnächst noch fortdauernden Markts erzielt worden sein werde. Dagegen ist der Art. 363 nicht

anwendbar, wenn der Commissionsauftrag dahin ertheilt wird, die Commissionswaare auf einem bestimmten Markte nicht unter dem höchsten Preise zu verkaufen, welcher auf diesem Markte für solche Waare oder etwa für Waare derselben Gattung bester Qualität erzielt werden werde. Dieser Preis könnte erst nach Beendigung des Marktes mit Sicherheit ermittelt werden, mithin zu einer Zeit, in welcher der Verkauf bezüglich der Zeit nicht mehr auftragsgemäss ausgeführt werden kann. (U. I. C. S. v. 22. Dec. 1888, Nr. 293.)

14. Umfang der Verantwortlichkeit des den Wechselprotest aufnehmenden Beamten für die Ausführung seines Mandats.

Wie schon in den Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin vom 27. Jänner 1857 und 12. Juli 1869 — vgl. Siebenhaar, Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VII S. 82 und Borchardt, Commentar zur deutschen Wechselordnung, 8. Aufl., S. 484 Note 1 — zutreffend hervorgehoben ist, wird der instrumentierende Beamte durch die Aufnahme des Wechselprotests nicht der Mandatar sämmtlicher Indossanten, sondern nur desjenigen Wechselinhabers, in dessen Namen und Auftrag er den Protest angefertigt hat, und ist er nur diesem für die Ausführung des Mandats verantwortlich. Hatte daher der Bekl. sich in Erledigung des ihm von dem Indossator W ertheilten Auftrags eine Säumnis zu Schulden kommen lassen, so war auch nur dieser als Mandant berechtigt, den säumigen Mandatar zur Rechenschaft zu ziehen, nicht auch der Kl., dem kein Recht darauf zustand, dass sein Nachmann durch prompte Erledigung des von letzterem ertheilten Auftrags unverzüglich in den Stand gesetzt werde, seinen Regress gegen ihn nehmen zu können. (U. III. C. S. 26. Juni 1888, Nr. 91.)

15. Verhältnis der Concursmassen der im Contocorrentverkehr gestandenen Parteien, von welchen eine von der anderen Wechselaccepte erhalten und weiter begeben hat, zu einander im Falle der Anmeldung der Wechselforderungen in beiden Concursen.

Kl. hat vom Bekl. für 64.000 Mark Wechselaccepte im Contocorrent erhalten und dieselben weiter begeben. Er ist für die entsprechenden Beträge vom Bekl. belastet worden, hat denselben auch übereinstimmend in seinen Büchern erkannt. Demnächst ist zuerst über das Vermögen des Kl., sodann über das des Bekl. Concurs eröffnet worden. Die Wechselforderungen sind in beiden Concursen zum vollen Betrage angemeldet; aus der Concursmasse des Bekl. ist auf dieselbe eine Accordrate von 15 Percent gezahlt worden, dagegen hat nach dem Thatbestand des BU. der Vertreter der Kl. auf die Frage, ob von Seiten der kl. Concursmasse inzwischen Zahlungen auf die hier fraglichen Accepte geleistet seien, die Erklärung abgegeben, dass solches nicht behauptet werde. Die gleiche Antwort ist auf die Frage erfolgt, ob bezüglich der Acceptentnahmen des Kl. bei Eingehung der Geschäftsverbindung oder später besondere Vereinbarungen unter den Parteien getroffen seien. Bei dieser Sachlage hat der BR. das Verlangen der Kl., das mit der Eröffnung des klägerischen Concurses geschlossene Contocorrent dahin zu berichtigen, dass ihr die betreffenden Acceptbeträge abzüglich der vom Bekl. auf dieselben gezahlten 15 Percent wieder gutgebracht werden, und den Bekl. zur Zahlung der Accordrate von dem ihr hiernach zustehenden Saldo zu verurtheilen, mit Recht für unstatthaft erachtet. Die Entscheidung ist begründet durch die Erwägung, dass, nachdem der Kl. durch Begebung der in Rede stehenden Accepte in den Besitz der Valuta gelangt ist, sein Anspruch in Ermangelung besonderer Vereinbarungen keinenfalls gerechtfertigt erscheint, so lange er lediglich vor einem ihn bedrohenden Regress steht, mithin nur die Möglichkeit vorliegt, dass ihm die dem Bekl. gutgeschriebenen Beträge theilweise wieder entzogen werden. Ebenso ist der weitere Anspruch des Kl. auf Rückgabe der dem Bekl. als Faustpfand gegebenen Wertpapiere zur Zeit nicht begründet. Dieselben sind dem Bekl. zur Sicherheit seines Guthabens aus dem Geschäftsverkehr mit dem Kl. verpfändet worden. Rückgabe der Pfänder kann Kl. mithin nur dann fordern, wenn er darthut, dass der Bekl. in Betreff seines Contocorrentguthabens befriedigt oder dass dasselbe als ausgeglichen zu betrachten ist. Auch in dieser Beziehung wird die dem Kl. obliegende Rechtfertigung seines Anspruchs durch den Hinweis auf den ihm drohenden Wechselregress nicht erbracht. (U. I. C. S, v. 20. Juni 1888, Nr. 158.)

16. Entschädigungspflicht aus der Fortsetzung der unwissentlich begonnenen Benutzung einer patentierten Erfindung während des Processes über die Klage auf Untersagung dieser Benutzung?

Aus dem ganzen Inhalt des PatG. v. 25. Mai 1877 geht der Gesetzeswille hervor, dass von dem 1. Juli 1877 an Deutsche Patente im ganzen Deutschen Reiche gleiche Rechtswirkungen erzeugen sollen. Aus dem § 34 jenes Gesetzes ergiebt sich, dass eine dieser Rechtswirkungen, welche im ganzen Deutschen Reiche gleichmässig eintreten sollen, darin besteht, dass nur aus einem in Wirklichkeit wissentlichen in' Benutzung Nehmen einer patentierten Erfindung seitens eines anderen als des Patentinhabers (ohne Erlaubnis des Letzteren) für den Patentinhaber ein Recht auf Entschädigung entstehen, dagegen im Falle einer nicht in Wirklichkeit wissentlichen Verletzung seines Patentrechts ihm durch die Verletzung kein Recht auf Entschädigung zustehen soll. Diese Norm des Reichsrechts beruht auf gesetzgeberischer Berücksichtigung des öffentlichen Interesse in zwei auszugleichenden divergierenden Richtungen, nemlich einerseits in der Richtung, durch den Patentschutz die Lust zu gewerblich verwertbaren neuen Erfindungen anzuregen, anderseits durch eine scharfe Beschränkung dieses Schutzes in Bezug auf das Entschädigungsrecht des Patentinhabers (auf die in Wirklichkeit wissentliche Benutzung der ihm patentierten Erfindung ohne seine Erlaubnis) aus dem Gesetzesgrunde, den gewerblichen Verkehr im Deutschen Reiche vor den Belästigungen und der Unsicherheit zu schützen, welchen die Bevölkerung (namentlich die handel- und gewerbetreibende) im Deutschen Reiche ausgesetzt sein würde, wenn gerichtliche Bestrafung und eine (unter Umständen sehr weitgehende) civilrechtliche Haftung auch in Fällen nicht wissentlicher Verletzung von Patentrechten eintreten sollte (vergl. die Motive zu den §§ 31—34 des Entwurfs des PatG.). Letzterem Grunde und dem ersichtlich erklärten Willen des Reichsgesetzes würde es durchaus widersprechen, im Falle der Erhebung einer Klage auf Untersagung der Benutzung einer dem Kl. patentierten Erfindung (weil diese Benutzung das Patentrecht des Kl. objectiv verletze), und auf Entschädigung (weil die Benutzung eine wissentliche sei), schon deswegen, weil diese Klage erhoben worden sei und in dem dadurch angestrengten Processe die Verurtheilung des Bekl., sein das Patentrecht des Kl. verletzendes Verhalten einzustellen, erfolge, es für zulässig zu erachten, gleichzeitig den Bekl. zur Entschädigung des Kl. wegen der Benutzung des Patentrechts während des Processes zu verurtheilen, obwohl die Entschädigungsklage für die Benutzung der patentierten Erfindung bis zur Klageerhebung wegen Nichtexistenz der Wissentlichkeit dieser Benutzung abzuweisen, und thatsächlich vollständig klargelegt war, dass der Bekl. auch nach der Klageerhebung während des Processes die dem Kl. patentierte Erfindung in Wirklichkeit keineswegs im Sinne des Reichsrechts wissentlich, sondern in gutem Glauben und der festen Ueberzeugung, dass die Klage des Patentinhabers völlig unbegründet sei, dass des Bekl. Verhalten kein Patentrecht des Kl. verletze und dass es nicht möglich sei, dass sich die Sache anders verhalte. Dadurch würde dem Patentinhaber ein Recht auf Entschädigung wegen einer im Sinne des RGes. nicht wissentlichen Benutzung seiner patentierten Erfindung gewährt, also das Reichsrecht verletzt werden. Der Bekl. würde verurtheilt, entweder, weil er ohne Fahrlässigkeit seit der Klageerhebung nicht mehr habe davon überzeugt sein dürfen, dass sein Verhalten (wenigstens möglicher Weise) ein patentverletzendes sei, oder weil eine Fiction an die Stelle der reichsgesetzlich geforderten wirklichen Thatsache gesetzt wird. Seit dem Bestehen der Gesetzeskraft des Reichspatentrechts kann die Klageerhebung als solche nicht das Recht auf Entschädigung wegen Patentverletzung durch das Verhalten des Bekl. während des Processes erzeugen, sondern die Thatsache ihrer Realisierung ist lediglich ein (von dem Richter der Instanzen, in welchem nach dem Processgesetz thatsächliche Festellungen zu treffen sind, zu würdigendes, vor Fällung des Urtheils existent gewordenes) für den Schluss auf die Wissentlichkeit der Benutzung der patentierten Erfindung während des Processes relevantes factisches Moment, welches allerdings in der Mehrzahl der Fälle zu dem Schluss auf die Existenz der Wissentlichkeit führen wird, indessen keineswegs in allen Fällen zu diesem Schlusse führen muss. (U. I. C. S. v. 9. Juni 1888, Nr. 142.)

Miscellen.

(Unstatthaftigkeit der Einrede der mangelnden Sicherheit für die Processkosten gegen die Klage eines Oesterreichers vor Deutschen Gerichten wegen Vollstreckbarkeitserklärung eines österreichischen Urtheils. Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbescheids eines österr. Gerichts im Deutschen Reich.) Herr Kammergerichtsrath Keyssner in Berlin theilt uns ein Urtheil des Amtsgerichts I Berlin, Abth. 34 v. 26. Jänner 1889, C. 1683/88, mit, welches, der Klage eines Wiener Advocaten gegen einen Berliner Kaufmann wegen Vollstreckbarkeitserklärung eines den Letzteren zur Zahlung von Vertretungskosten verhaltenden Urtheils sowie eines Kostenfestsetzungsbescheids stattgebend, die Verwerfung der vom Bekl. erhobenen Einrede der mangelnden Sicherheit für die Processkosten unter Hinweis auf die in der Beilage zum JMVdgsbl. (sowie in dieser Zeitschr. Bd. III Nr. 272) veröffentlichte und in das SpR. eingetragene oberstg. E. v. 12. Mai 1885 (Geller Justizges. IV. GO. § 406[8]) damit begründet, dass auch ein Deutscher in Oesterreich zur Bestellung der Klagscaution im Delibationsverfahren nicht verpflichtet ist. Der Kostenbestimmungsbescheid eines österr. Gerichts wird in diesem U. einer Entscheidung gleichgeachtet und gleich dieser beim Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen für vollstreckbar erklärt.

Fragen und Antworten.

3. Execution gegen eine Schulgemeinde.

Wie wird eine mit rechtskräftigem Urtheil gegen eine Schulgemeinde (in Böhmen) zugesprochene Geldforderung, nachdem das Gesuch um executive Sequestration der Einkünfte der Schulgemeinde aus dem Grunde abgewiesen wurde, weil diese Einkünfte zu öffentlichen Zwecken dienen und der Execution nicht unterliegen, im Excutionswege eingetrieben? Dr. G.

In der Praxis ist es allerdings bereits vorgekommen, dass der Zugriff auf die Umlagen einer Schulgemeinde für privatrechtliche Forderungen für unstatthaft erklärt wurde (s. diese Zeitschr. Bd. III Nr. 173). Wir halten diese Ansicht für ungegründet, da kein Gesetz besteht, welches die Umlagen einer Gemeinde von der Execution ausschliessen würde, wie denn auch der mit dem JME. v. 18. Oct. 1880, Z. 14.681 (Geller Justizges., 8. Aufl., IV. GO. § 300[1]) mitgetheilte FME. v. 12. Sept. 1880, Z. 23731 die Art des Vollzugs der Execution auf eine Gemeindeumlage regelt. (Vgl. auch die E. v. 17. Juli 1888 in dieser Zeitschr. Bd. VI Nr. 420.) Ist aber einmal die Sequestration der Einkünfte der Schulgemeinde rechtskräftig abgewiesen worden, so bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Schulgemeinde, sei es durch Pfändung des beweglichen oder durch Pfandrechtseinverleibung auf das unbewegliche Vermögen zu erwirken. Weder dieses noch jenes Vermögen ist der Execution entzogen. Im Uebrigen ist zu vergleichen das in der Budwinski'schen Sammlung unter Nr. 3862 mitgetheilte und im nächsten Hefte des Centralbl. f. Verwaltungspraxis unter Nr. 11 zur Veröffentlichung gelangende E. des VGH., welches dem Gläubiger einer Schulgemeinde den Weg weist, den er einzuschlagen hat, um die Hilfe der Verwaltungsbehörden zur Eintreibung seiner Forderung zu erlangen.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co.

Das Recht der wirtschaftlichen Concurrenz.

Versuch einer Physiologie der immateriellen Güter.

Von Dr. Leo Geller.

(Fortsetzung.)

C. Die gemeinen Erwerbsgelegenheiten oder die Gewerbe und ihr Recht.

Das Haben eines Gewerbes als der individuellen Gestaltung einer Productionsspecies geknüpft an dem Haben des constanten specifischen Gewerbefactors. Aeussere Erscheinung und Elemente des Gewerbes. Arbeit und Angebot. Stetiges Angebot oder ständige Bereitschaft zum Umsatze von Arbeit und Kundbarkeit dieser Bereitschaft als materia ex qua des Gewerbes. Subjective, objective und locale Elemente des Gewerbes. Arten der Gewerbefactoren. Firma, Marke, Zeitungstitel. Eigentum an diesen Gewerbefactoren.

An sich betrachtet, lässt der Productionsbetrieb des Einzelnen nicht erkennen, ob er die ganze mit dem Typus der aus ihm hervorgehenden Erzeugnisse gegebene Productionsspecies, oder nur eine der individuellen Gestaltungen der letzteren umfasst, die in unendlicher Zahl gegeben sein können. Der Productionsbetrieb des Einzelnen ist eben stets nur eine individuelle Gestaltung der mit dem Typus seiner Erzeugnisse gegebenen Productionsspecies. Aber jenachdem dieser Productionsbetrieb auf einem gegebenen territorialen Markt der einzige oder nur einer von mehreren seiner Art ist, und jenachdem also in ihm die ganze Productionsspecies sich erschöpft, oder nur eine einzelne Gestaltung derselben zur Erscheinung gelangt, hat das Subject (der Producent oder Unternehmer) mit dem Productionsbetriebe die ganze Productionsspecies oder nur eine einzelne ihrer individuellen Gestaltungen inne.

Den Productionsbetrieb, der nur eine einzelne Gestaltung einer freien, d. h. dem Gemeingebrauche überlassenen Productionsspecies darstellt, wollen wir im Folgenden mit dem Ausdruck Gewerbe oder Geschäftsbetrieb, jenen dagegen, in welchem sich eine ganze im Eigentum eines Einzelnen stehende Productionsspecies erschöpft, auch weiter mit dem bisher angewendeten Ausdruck Production bezeichnen. Der eine wie der andere Ausdruck, nur der Kürze wegen gewählt, ist jedoch in der weitesten Bedeutung zu nehmen. Was bisher und im Folgenden von der Production und dem Gewerbe (Geschäftsbetriebe) ausgesagt ist und wird, ist auch auf die verschiedenen Species des Handels und der persönlichen Dienstleistungen, beziehentlich auf die individuellen Betriebe innerhalb dieser Species zu beziehen.

In seiner äusseren Erscheinung ist also das Verhältnis des Subjects eines Productionsbetriebs zu diesem letzteren genau das nämliche, ob nun die Productionsspecies, die in ihm ihre individuelle Gestaltung findet, im Eigentum des Subjects steht oder Gegenstand des Gemeingebrauchs ist: es ist das ausschliessende Haben des Productionsbetriebs, mag dieser die einzige Gestaltung, oder nur eine einzelne von unzähligen individuellen Gestaltungen der in ihm repräsentirten Productionsspecies sein.

Das Haben eines Gewerbes (Geschäftsbetriebs) unterscheidet sich demnach von dem Haben einer Production nur in dem Gegenstande: hier ist es die ganze Productionsspecies, die der Unternehmer in seiner Hand hat, dort nur ein einzelnes von mehreren oder unzähligen individuellen Exemplaren einer solchen. Dem Inhalte nach aber deckt sich das Haben eines Gewerbes vollkommen mit dem einer Production: die Macht des Unternehmers über das, was er in seiner Hand hat, ist hier wie dort durchaus die gleiche, u. zw. sowohl nach innen, was die Verfügungsmöglichkeit über den Betrieb oder das Festhalten an demselben, als auch nach aussen, was die Ausschliessung Anderer von der Verfügung über diesen Betrieb oder die Abwehr fremder Eingriffe in denselben betrifft. Das Haben eines Gewerbes kann mithin wie jenes einer Production füglich als Eigentum aufgefasst werden.

Aber wie das Productionseigentum unmittelbar blos jenen constanten und specifischen Factor der Production, welcher dieselbe von anderen Productionsspecies unterscheidet, nämlich den Typus des Products oder der Productionsweise, und nur mittels desselben die mit ihm gegebene Productionsspecies zu seinem Gegenstande hat, so kann auch das Gewerbeeigentum nur den constanten specifischen Factor des Gewerbes, der dasselbe von anderen Gewerben seiner Art d. i. von anderen individuellen Gestaltungen der betreffenden Productionsspecies unterscheidet, und nur mittels desselben das Gewerbe oder den Geschäftsbetrieb selbst erfassen.

Welches dieser Factor ist, oder worin derselbe besteht, muss sich schon aus einer Analyse dessen, was wir Gewerbe nennen, ergeben.

Ein Gewerbe tritt äusserlich in die Erscheinung in einem stetigen oder frequentativen Angebot von Arbeit auf dem Markt, sei es von in stofflichen Gütern vergegenständlichter Arbeit (Gewerbe im engeren Sinne), oder von solcher, welche in der Herbeischaffung und Bereithaltung von Gütern für den Bedarf besteht (Handel), oder endlich von reiner Arbeit, welche Anderen unmittelbar einen Genuss gewährt (persönliche Dienstleistungen).

In dem Gewerbe sind also zunächst zwei Bestandtheile zu unterscheiden: 1. Die Arbeit, welche in demselben geleistet wird, d. i. das zu Markt gebrachte Object, gleichsam das corpus des Gewerbes, und 2. das Angebot der Arbeit auf dem Markt d. i. die Bereitschaft des Subjects, die Arbeit, über welche es verfügt, den Begehrenden gegen Entgelt zu leisten, gleichsam der animus des Gewerbes.

Die Factoren der Arbeit sind die Typen des Products und der Productionsweise, dann die Arbeitsstoffe, Arbeitsmittel und Arbeitskräfte. Jene sind indessen sämmtlichen Gewerben innerhalb derselben Productionsspecies gemein, können also nicht die specifischen Factoren des einzelnen Gewerbes bilden. Diese werden in dem Gewerbebetriebe verbraucht, abgenützt, ersetzt, gehören also zu den durchgängigen, veränderlichen, wechselnden, nicht zu den beständigen, bleibenden, constanten Factoren des Gewerbes. An den Arbeitsfactoren kann demnach das Gewerbeeigentum nicht haften.

Die Arbeit an sich, selbst die stetig fortgesetzte, stellt denn auch noch kein Gewerbe dar. Wer für den eigenen Haus- oder Familienbedarf arbeitet, treibt ebensowenig ein Gewerbe, als derjenige, der als Organ eines Andern, eines Dienstgebers, für dessen Wirtschaft arbeitet. Ein Gewerbe entsteht erst, sobald die Arbeit aus dem Kreis der Einzelwirtschaft heraus auf den Markt tritt, oder entsteht erst, indem eine Person ihre oder Anderer Arbeit, über welche sie verfügt, dem allgemeinen Bedarf des Markts anbietet.[23]

Aber auch nicht in dem concreten Anbieten von Arbeit an sich, selbst nicht in dem dauernd fortgesetzten, liegt das Wesen des Gewerbes. Das durch einen noch so ausgedehnten Zeitraum fortgesetzte concrete Anbieten ist, bei Licht betrachtet, nicht ein einheitliches stetiges Geschehen, wie etwa die Bewegung, welche, einmal hervorgerufen, solange fortdauert, bis sie auf ein Hindernis stösst, sondern ein aus einer Vielheit von einzelnen selbständigen Acten zusammengesetztes Handeln, oder genauer, eine Summe von einzelnen selbständigen Angeboten, von welchen jedes für sich gewiss kein Gewerbe, auch nicht einen Theil eines Gewerbes ausmacht, und welche mithin auch in ihrer Gesammtheit kein Gewerbe bilden können. Das Gewerbe ist aber begrifflich nicht etwas in sich Abgeschlossenes, sondern etwas Beharrendes, somit ein in der Richtung der Zukunft Unbegrenztes. Es kann also nicht in einem Handeln bestehen, das, aus einer Summe von einzelnen durch besondere Impulse hervorgerufenen Handlungen zusammengesetzt, notwendig ein begrenztes ist — das Gewerbe würde ja sonst einerseits erst mit dem Vollwerden dieser Summe zur Existenz gelangen,

---

[23] Vergebliche Versuche, den Gewerbebegriff festzustellen, s. bei Hasemann in Ersch und Gruber Encyklopädie Section I Th. 65 S. 352 fg., Seydel in Hirth's Annalen 1881 S. 569 fg., Georg Meyer Verwaltungsrecht S. 350, Loening Verwaltungsrecht S. 480, Ulbrich Oesterr. Staatsrecht S. 563, Ernst Meier in Holtzendorff's Encyklopädie Art. Gewerbebetrieb, Schönberg in seinem Handb. der polit. Oekonomie (1. Aufl.) I S. 787 fg., Engelmann Deutsche Gewerbeordnung S. 27 fg., 34 fg., 56 fg. — Glücklicher, wenn auch noch nicht vollkommen gelungen sind die Versuche der handelsrechtlichen Schriftsteller, das Criterium des gewerbemässigen Betriebs der Handelsgeschäfte im Sinne des Art. 4 Hgb. zu bestimmen. Vgl. namentlich Goldschmidt Handb. I § 43 N. 3, Anschütz und Völderndorff Commentar I S. 36, Endemann in seinem Handb. I S. 68, Völderndorff ibid. S. 132, 137, Hahn Commentar (2. Aufl.) I S. 22, Puchelt Commentar (3. Aufl.) S. 13 fg. — Ueber den Gewerbebegriff im steuerrechtlichen Sinne vgl. auch Geller im Centralbl. f. Verwaltungspraxis I S. 1 fg., S. 437 fg. u. S. 525 fg.



andererseits aber dann auch ein abgeschlossenes sein — sondern es kann nur mit einem einfachen beharrenden Zustande gegeben sein, muss daher schon mit dem Beginn dieses Zustands entstehen und solange als derselbe dauert bestehen.

Dieser Zustand, der die zeitlich von einander getrennten und weder causal noch als Theile eines Ganzen miteinander verbundenen, sondern unter sich völlig selbständigen einzelnen Angebote zusammenhält und als Glieder einer stetigen Reihe erscheinen lässt, ist und kann nichts anderes sein, als der erkennbare Wille des Subjects, die Arbeit, über die es verfügt, wie jetzt so auch weiter zu Markt zu bringen oder anzubieten, oder genauer, dessen manifestirte ständige Bereitschaft zum Umsatze gleicher Arbeit auf dem Markte. Ein Gewerbe ist also im Grunde nichts anderes als die offenbare ständige Bereitschaft eines Subjects, Arbeit (in dem oben entwickelten weiteren Sinn), über die es verfügt, auf dem Markte gegen Geld oder andere Güter umzusetzen. Wirkliche Umsätze sind hiezu nicht erforderlich. Sie sind blos Aeusserungen der Bereitschaft des Subjects zu solchen Umsätzen, oder besondere Ausübungsacte des Gewerbes, nicht constitutive Elemente desselben. Die eigentliche materia ex qua des Gewerbes ist einzig und allein die auf dem Markte kundbare ständige Bereitschaft des Subjects zu Arbeitsumsätzen.[24]

Aber eben nur die kundbare, auf dem Markte bekannte oder der Wahrnehmung der Nachfrage zugängliche Bereitschaft. Die Anderen völlig unbekannte Bereitschaft Jemands zu Arbeitsumsätzen besteht für den Markt überhaupt nicht. Wer jahrelang in seinem Inneren den Willen mit sich herumträgt, seine Arbeit umzusetzen, ohne dass Jemand etwas davon weiss, treibt ebensowenig ein Gewerbe, als derjenige, welcher gelegentlich Umsätze in der Wirklichkeit vornimmt, ohne weiter zur Vornahme solcher Geschäfte stetig bereit zu sein. In letzter Auflösung ist also ein Gewerbe nichts anderes, als die Kundbarkeit der ständigen Bereitschaft eines Subjects zu Arbeitsumsätzen. Es besteht nicht sowohl in dem eigenen Willen des Subjects, als vielmehr in dem Wissen Anderer von diesem Willen; es entsteht, indem die Bereitschaft des Subjects, Arbeit einer gewissen Art umzusetzen, nach aussen hervortritt und bekannt wird, und besteht in der fortdauernden Bekanntschaft derselben. Oder mit anderen Worten: Das Gewerbe entsteht, indem das (stetige) Angebot des Subjects auf dem Markte als Vorstellung in das Bewusstsein des nachfragenden

---

[24] Dies ist auch im positiven Recht längst anerkannt. Sowohl das Gewerbe- wie das Steuerrecht fordern für die Existenz eines Gewerbes nichts als die Bereitschaft zur Ausübung jener Thätigkeit, welche das corpus des Gewerbes ausmacht, in abstracto, und nehmen daher ein Gewerbe als wirklich bestehend an schon von dem Momente, da das Subject dasselbe angemeldet oder die Berechtigung zum Betriebe erlangt, und bis es solches nicht durch einen contrarius actus, durch Abmeldung oder Zurücklegung der Berechtigung, aufgegeben hat. Die wirkliche Ausübung oder Nichtausübung des Gewerbes kommt für die Steuerpflicht gar nicht in Betracht. Vgl. Geller a. a. O. S. 438 fg., insbesondere S. 447 fg.



Publicums eingeht, und besteht solange und soweit diese Vorstellung hier ihren Platz behauptet.

Die Vorstellung aber, welche das Bewusstsein der Nachfrage oder der Begehrenden von dem Angebote eines Subjects in sich aufnimmt, kann sich concentriren entweder 1. auf das Subject des Angebots, sei es die Person oder der Name desselben; oder 2. auf das Object des Angebots, d. i. das angebotene Arbeitserzeugnis, sei es der specifische Typus, das besondere Kennzeichen oder der individuelle Name desselben; oder endlich 3. auf den Standort des Angebots, d. i. das Grundstück, auf welchem sich der Umsatz vollzieht, sei es die örtliche Lage, die besondere Beschaffenheit oder der Name desselben.

Die Bereitschaft eines Subjects zu Arbeitsumsätzen wird für den Markt kundbar, zunächst indem das Subject die Arbeit, über die es verfügt, den solche Begehrenden thatsächlich anbietet, oder indem es durch die in der Gesellschaft gegebenen, nach Ort und Zeit verschiedenen Mittel der Bekanntmachung (Publicationsmittel) die Aufmerksamkeit der Nachfrage auf sich lenkt und solche dauernd fesselt. Zu diesen natürlichen Mitteln, das Gewerbe nach aussen wahrnehmbar zu machen, kommen noch hinzu die Mittel, welche mit der staatlichen Gewerbeverfassung oder mit den staatlichen Einrichtungen für das wirtschaftliche Leben überhaupt gegeben sind. Der Eintritt z. B. in eine Gewerbe-Innung, die Erwerbung einer Gewerbeconcession oder die Anmeldung eines Gewerbes bei der Behörde ist der deutlichste Ausdruck der ständigen Bereitschaft des Subjects zum Umsatze der durch die Bezeichnung des Gewerbes charakterisirten Arbeit. Tritt dann das Subject wirklich auf den Markt hinaus, indem es seine Arbeit thatsächlich anbietet oder sich sonst als Gewerbetreibender bekannt macht, so nimmt das Gewerbe zunächst in dem Bewusstsein der Personen, welche diese Thatsache unmittelbar wahrnehmen, sodann aber, durch Fortpflanzung der Kunde in Raum und Zeit, in dem Bewusstsein eines sich immer mehr ausdehnenden und stetig erneuernden Kreises von Personen Realität an und wird zu einer individuellen Existenz der wirtschaftlichen Welt.

Was demselben seinen individuellen Charakter gibt oder es von anderen Gewerben seiner Art unterscheidet, ist ursprünglich und in dem nächsten Kreise der Nachfragenden, welche den Anbieter persönlich kennen, die Person des Subjects (Unternehmers). Auf dem localen Markte in kleinen Orten, wo Jeder den Andern kennt, wendet sich die Nachfrage stets der Person des Anbieters zu. Der Name und der Geschäftsbetrieb desselben sind nur Attribute der Person, von dieser noch untrennbar, die Identität des Gewerbes somit durch die Identität der Person bedingt und die letztere daher allein der Träger des Gewerbes. Auf grösseren Märkten jedoch überträgt sich bald die Bekanntschaft des Subjects von der Person auf den Namen, und je weiter dieser dringt, umsomehr tritt die Person in den Hintergrund und nimmt der Name deren Stelle ein.

So wird der Name, indem sich die Nachfrage hinfort nur ihm zuwendet, bis er allein Gegenstand der Vorstellung in dem Bewusstsein derselben ist, als Firma selbst zum Subject und Träger des Gewerbes. Ja, oft tritt das Subject schon ursprünglich blos mit dem Namen als Anbieter auf dem Markte auf, während die Person völlig im Hintergrunde bleibt. Oft auch tritt das Subject auf dem einen Marktplatze persönlich, auf dem anderen nur mit dem Namen hervor. Endlich gibt es auch Subjecte, die gar nicht anders als blos dem Namen nach bekannt sein können. Bei Gewerben, welche von juristischen Personen betrieben werden, kennen wir das Subject von vorneherein lediglich dem Namen nach, und ist es einzig und allein der Name, der das Subject vorstellt und dessen Gewerbe von jenen anderer Subjecte unterscheidet, mithin selbst und allein der Träger des Gewerbes ist.

Von dem Namen des Gewerbesubjects, der subjectiven Firma, sondern sich ab einerseits das Zeichen, dessen sich das Subject zur Unterscheidung seiner Erzeugnisse oder Waaren von jenen anderer Gewerbetreibenden bedient (das Waarenzeichen, die Marke), anderseits der auf das Gewerbe übertragene individuelle Name des Erzeugnisses, die objective Firma, durch welche das Gewerbe an und für sich, losgelöst von jeder Beziehung zu seinem Subject, individualisirt wird.

Bei vielen Gewerben, namentlich bei solchen, welche von Vielen betrieben werden und deren Producte einen weit ausgedehnten Markt haben, richtet sich nämlich das Augenmerk der Nachfrage nicht auf das Subject, sondern auf das Object des Gewerbes. Gewöhnlich ist es eine gewisse typische Nuance oder eine gewisse augenfällige Eigenschaft des Products eines Gewerbetreibenden, was demselben auf dem Markt den Vorzug vor den Producten seiner Mitbewerber verschafft. Aber da eine solche typische Nuance oder eine solche Eigenschaft kein Gegenstand des Eigentums ist, so beeilen sich in der Regel die übrigen Mitbewerber, auch ihren Producten das gleiche Ansehen zu geben, und so geht den Producten des ersten der Vorzug, dessen sie sich ursprünglich erfreuten, bald verloren. Um nun seine Producte oder die Waren, die er kaufmännisch verbreitet, von jenen seiner Mitbewerber dauernd zu unterscheiden, pflegt der Gewerbetreibende auf denselben seinen Namen oder ein besonderes Zeichen, dessen nur er sich bedient, anzubringen. Gleich dem Namen gilt nämlich seit jeher auch das Wappen oder das Zeichen (die Marke), dessen sich der Einzelne bedient, als ein der Person eigentümliches, das also ein Anderer nicht gebrauchen darf. Indem nun ein Gewerbetreibender die Waaren, die er fertigt oder kaufmännisch umsetzt, mit einem besonderen, sich stets gleichbleibenden Zeichen versieht, welches denselben ein sie von anderen Waaren gleicher Art unterscheidendes individuelles Gepräge verleiht, das die Aufmerksamkeit der Nachfrage dauernd fesselt, wird dieses Zeichen zum objectiven

Träger seines Gewerbes, wie sein Name der subjective Träger desselben ist.

Ein Gewerbe kann aber auch durch den Namen seines Erzeugnisses individualisirt werden, sofern dieses schon an sich von den Erzeugnissen der Gewerbe derselben Art verschieden ist und einen eigenen Namen trägt, durch den es eben von den anderen Erzeugnissen unterschieden wird. Dies trifft namentlich zu bei den Zeitungen (Zeitschriften, periodischen Druckschriften), d. i. den nach gewissen (gleichen oder ungleichen) Zeitabschnitten oder in bestimmten Zeiträumen wiederkehrend erscheinenden Schriften, welche entweder geistige Arbeit, oder thatsächliche Nachrichten, oder geschäftliche Bekanntmachungen, Ankündigungen u. s. w., oder auch alles das cummulativ enthalten. Wirtschaftlich betrachtet, ist eine Zeitung ein auf den periodischen Umsatz von Arbeit, sei es von geistiger, die in der Mittheilung von allgemeinem oder fachlichem Wissen besteht, oder von physischer, die sich in der Verbreitung von Nachrichten, Ankündigungen u. s. w. äussert, — gerichtetes Unternehmen, mithin ein Gewerbe.

Der Natur der Sache nach sind die aus einem solchen Gewerbe periodisch nacheinander hervorgehenden Erzeugnisse, nämlich die aufeinander folgenden Nummern, Blätter oder Hefte der periodischen Druckschrift, inhaltlich von einander verschieden und bildet jedes für sich allein oder mit mehreren einzelnen zusammen ein in sich geschlossenes selbständiges Ganze. Was sie sowohl unter sich verbindet, als auch mit den künftigen Erzeugnissen in Zusammenhang erhält und somit als Glieder einer noch ungeschlossenen stetigen Reihe erscheinen lässt, ist die Kundbarkeit des künftigen periodischen Weitererscheinens der Schrift oder die in dem Bewusstsein der Nachfrage eingeprägte Vorstellung der Schrift als einer periodisch erscheinenden. Diese Vorstellung knüpft sich aber nicht an die Person oder den Namen des Herausgebers oder des Subjects des Zeitungsunternehmens. Person und Name des Subjects sind auf dem Markte der Zeitung völlig unbekannt und kommen, selbst wo sie bekannt sind, gar nicht in Betracht. Sie sind nicht das bleibende, sondern das wechselnde Element des Unternehmens. Eine Zeitung bleibt in der Vorstellung des Markts die nämliche, wenn auch während ihres Erscheinens, das sich über mehrere Menschenalter erstrecken kann, die Herausgeber fort und fort wechseln, und sie erhält sich im Bewusstsein des Publicums als dieselbe, wenngleich die Namen der ersten Herausgeber längst verschollen sind.

Jene Vorstellung knüpft sich vielmehr an das Object des Unternehmens, an die Schrift selbst, deren einzelne aufeinander folgende Abschnitte das periodische Weitererscheinen der Schrift gleichsam substanzirt zur Anschauung bringen. Sie knüpft sich namentlich, da der Inhalt der nacheinander erscheinenden Blätter ein wechselnder und nur der Name oder Titel, unter welchem sie erscheinen, ein bleibender ist, an den Titel der Schrift, welcher

allein die einzelnen Blätter zusammenhält und als Abschnitte einer unabsehbaren Reihe erscheinen lässt.

Der Titel erhält aber nicht blos den Zusammenhang zwischen den bereits erschienenen Abschnitten der Schrift untereinander und mit den künftig erscheinenden, oder er erhält nicht blos die Identität der Zeitung im Wechsel ihres Inhalts, sondern er ist auch das einzige Merkmal, welches die eine Zeitung oder das eine Zeitungsunternehmen von anderen unterscheidet, ist somit der Träger der Individualität der Zeitung. Selbst die bereits ausgegebenen Blätter verschiedener Zeitungsunternehmungen, deren specifische Differenz sich doch schon in ihrem Inhalte äussert, werden auf dem Markte, im Einzelverkauf, nicht nach dem Inhalte, der ja nicht auf den ersten Blick zu fixiren und für den übrigens keine individuelle Bezeichnung gegeben ist, sondern blos nach dem Titel unterschieden, der sofort in die Augen springt und eben der einzige Ausdruck für die Individualvorstellung ist, die eine Zeitung zum Gegenstande hat. Die Zeitungen sind indessen Gegenstand des Umsatzes nicht blos im Einzelverkauf (Baarverkauf) der schon ausgegebenen Nummern, sondern auch im Vorverkauf (Abonnement) der Nummern, welche in gewissen Abschnitten der Zukunft erscheinen werden. Der Inhalt künftiger Nummern einer Zeitung ist aber schlechterdings unbekannt, und folglich ist es einzig und allein der Titel der Zeitung, wodurch der Gegenstand des Umsatzes bezeichnet wird. Nichts anderes als der Titel ist es demnach, was die Zeitung individualisirt und mithin den constanten specifischen Factor des Zeitungsunternehmens bildet.

Weiter gibt es aber auch Gewerbe, die durch den Standort, an den sie gebunden sind, u. zw. im nächsten Kreise der Nachfrage des Localmarkts durch die örtliche Lage oder das besondere Aussehen des Grundstücks (Gebäudes) selbst, wo sie betrieben werden, in den entfernteren Kreisen und ausserhalb des Localmarkts aber durch den Namen oder die Bezeichnung des Grundstücks (Gebäudes, Etablissements) individualisirt werden.

Einen bestimmten Standort muss freilich jedes stehende Gewerbe haben. Nicht jedes indessen ist an seinen Standort so gebunden, dass es nicht denselben wechseln kann, ohne seine Identität zu verlieren. Zu den Gewerben dieser Art gehören nur jene, bei welchen, wie z. B. bei den sog. Gastgewerben, der Ort oder der Raum, wo sich die Leistung, welche das corpus des Gewerbs darstellt, vollzieht, mit ein wesentliches Element der Leistung bildet. Wenn z. B. der Specereihändler Carl Richter sein nach der Mutter überkommenes, unter der Firma August Kienböck's Witwe am Hohen Markt im Laden „Zur wilden Katze" betriebenes Geschäft in ein anderes Local verlegt, so hört doch darum das Geschäft nicht auf, das nämliche zu sein, möge nun das neue Local den gleichen oder einen anderen Namen als das alte tragen. Denn der constante specifische Factor dieses Geschäfts, durch welchen dasselbe individualisirt wird, ist eben nicht der Standort, wo, sondern

die Firma, unter welcher es betrieben wird. Anders jedoch, wenn ein Hotelier den Standort seines Gewerbes wechselt. Der constante specifische Factor des letzteren ist nicht der Name oder die Firma des Hoteliers, sondern die örtliche Lage oder der bekannte Name des Hotels. Der Hotelier, der das nur seiner örtlichen Lage nach bekannte Hotel (z. B. das Hotel am Bahnhof) verlässt und dann sofort ein Hotel an einem anderen Orte wieder eröffnet, betreibt daher nicht das nämliche Gewerbe weiter, sondern betreibt ein neues statt des aufgegebenen alten. Er setzt dagegen das alte Gewerbe fort, wenn das frühere Hotel nur seinem besonderen Namen nach (z. B. als Hotel „Zur goldenen Krone") bekannt war und dieser Name auf das neue Hotel übertragen wird. Der nämliche Name lässt den Gewerbebetrieb im neuen Hotel nur als Fortsetzung des Gewerbebetriebs im alten, oder lässt den weiteren und den bisherigen Gewerbebetrieb als den nämlichen erscheinen.

Es sondern sich demnach die Gewerbe, auf ihren Träger, den constanten specifischen Factor, angesehen, zunächst in drei Gattungen: subjective, objective und locale, jenachdem deren Träger das Subject das Object oder der Standort ist, und jede dieser Gattung zerfällt wieder in zwei Arten, indem sich der subjective Träger in den persönlichen und den nominellen, der objective in das Objectszeichen (Marke) und den Objectsnamen (Titel), der locale endlich in die Ortslage und den Ortsnamen scheidet.

Einer dieser Factoren muss in jedem Gewerbe constant vorhanden sein; es können aber auch deren zwei oder mehrere in einem Gewerbe vereinigt sein. In jedem Falle ist das Haben des Gewerbes oder das Eigentum an demselben mit dem Haben eines dieser Factoren oder dem Eigentum an demselben gegeben.

Bei den Gewerben der ersten Gattung erscheint das Haben eines Gewerbes zunächst als ein rein empirisches. Insofern lediglich die Person der Träger des Gewerbes ist, bedarf das Eigentum an dem letzteren nicht einmal des rechtlichen Schutzes. In dem Bekanntsein der Person und ihrer stetigen Bereitschaft zu Arbeitsumsätzen auf dem Markt bestehend, ist dieses Gewerbe, da die Person ihrer selbst stets habhaft ist, nur und schon mit der Person ihres Subjects gegeben und mithin weder der Aneignung seitens eines Andern fähig, noch auch des rechtlichen Schutzes gegen eine solche bedürftig. Es kann aber auch die Person nicht überdauern, sondern geht mit dieser unter.

Anders schon verhält es sich mit dem Haben eines Gewerbes, dessen Träger nicht die Person, sondern der Name des Subjects ist. Zwar erscheint auch dieses Haben, insofern der Name einer Person ein ihr nach festen unabänderlichen Normen zukommendes Attribut ist, das ihr von einem Andern nicht geraubt werden kann, oder gegen dessen Raub schon die Staatsgewalt reagirt, zunächst als ein schon empirisch gegebenes, welches der Aneignung durch einen Andern nicht fähig oder doch eines besonderen Schutzes dagegen darum nicht bedürftig ist, weil ja der

Staat es nicht zulässt, dass Jemand den Namen eines Andern führe. Indessen macht sich die Notwendigkeit eines rechtlichen Schutzes des Habens von Gewerben dieser Art schon deswegen geltend, weil die gesellschaftliche Namenordnung die Möglichkeit keineswegs ausschliesst, dass der gleiche Name mehreren Personen in demselben Orte oder Bezirke zukomme. Insofern nun ein Gewerbe der hier vorausgesetzten Art, d i. die Kundbarkeit des Namens des Subjects und seiner Bereitschaft zu Arbeitsumsätzen, vermöge und nach Maass der damit dem Subjecte gegebenen Möglichkeit, Arbeitsumsätze vorzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, ein wirtschaftliches Gut bildet, darf der einzelne Gewerbetreibende vom Staate wohl fordern, dass er ihn in dem Besitze dieses Guts schütze und Anderen nicht gestatte, ihm dasselbe dadurch zu entziehen, dass sie auf demselben Marktplatze Gewerbe gleicher Art unter gleichem Namen betreiben, möge ihnen auch der letztere sonst zukommen. Und in der That leistet auch der Staat dieser Forderung Genüge, insofern er einmal durch die Einrichtung des Firmenregisters dafür Sorge trägt, dass die Firmen der Gewerbetreibenden in Evidenz erhalten und die Priorität jeder Firma in exacter Weise festgestellt werde, sodann aber auch durch das Verbot des Gebrauchs einer bereits bestehenden Firma selbst seitens einer Person, welcher der gleiche Name rechtlich zukommt, Eingriffe in das mit der Zuständigkeit der Firma gegebene Eigentum am Gewerbe abwehrt. Das Eigentum an einem Gewerbe, dessen Träger lediglich der Name des Subjects ist, beruht mithin in zweiter Linie auch auf einer staatlichen Einrichtung und erscheint durch diese gleichsam aus einem bonitarischen in ein civiles umgewandelt. Es lässt auch, da das Gewerbe nur von dem Namen des Subjects getragen, dieser aber als Firma von der Person des letzteren völlig losgelöst erscheint, jederzeit einen Wechsel des Subjects zu und ist in seinem Bestande von der Lebensdauer des jeweiligen Subjects unabhängig.

Aehnlich beschaffen ist das Eigentum an jenen Gewerben, deren Träger das Waarenzeichen oder die Marke ist. Auch hier ist dasselbe ursprünglich ein rein empirisches, gesichert lediglich dadurch und nur insofern, dass und inwiefern die Zeichen, deren sich die Einzelnen bedienen, thatsächlich von einander verschieden sind. Das Vorkommen gleichartiger Zeichen macht indessen bald das Einschreiten der Staatsgewalt gegen die Aneignung des Guts des einen Gewerbetreibenden durch den andern notwendig, und dieser Aufgabe wird der Staat gerecht zunächst durch die Einrichtung des Markenregisters, welches eine Uebersicht aller auf dem Markte vorkommenden Marken und zugleich die Feststellung der Priorität einer jeden ermöglicht, sodann durch das Verbot des Gebrauchs der bestehenden Marke des einen Gewerbetreibenden durch einen andern. Das so mit civilem Charakter ausgestattete Eigentum an der Marke, beziehentlich an dem von derselben getragenen Gewerbe, kann, gleich dem Eigentum an der Firma, die

Person des Gewerbesubjects überleben und von Generation auf Generation übertragen werden.

Einen anderen Charakter dagegen weist das Eigentum an jenen Gewerben auf, deren constanter specifischer Factor der auf das Gewerbe übertragene Eigenname seines Erzeugnisses ist, insbesondere das Eigentum an Zeitungen. Dieses ist empirisch gegeben mit der Thatsache, dass der Unternehmer (Herausgeber) sich zur Bezeichnung der nacheinander erscheinenden Abschnitte der Zeitung stets des Namens (Titels) bedient, unter welchem die Zeitung auf dem Markt bekannt ist. Aber während das empirische Haben eines Gewerbes, dessen Träger die Person oder der Name des Subjects ist, schon von Natur ein ausschliessendes ist, bedarf das empirische Haben eines Zeitungsunternehmens, dessen Träger lediglich der Titel der Zeitung ist, der rechtlichen Anerkennung, um ein ausschliessendes und mithin Eigentum im rechtlichen Sinne zu sein. Indessen gerade dieses Haben scheint der rechtlichen Anerkennung zu entbehren. Nicht nur fehlt es an jedweder Einrichtung für die Evidenzhaltung und die Feststellung der Priorität der Zeitungstitel, es fehlt auch an einem besonderen Verbot des Gebrauchs eines fremden Zeitungstitels.

Gleichwohl dürfen wir darum nicht das Zeitungseigentum leugnen und in dem Zeitungstitel, dem alleinigen Träger des Zeitungsunternehmens, ein herrenloses Gut, einen Gegenstand der freien Beute erblicken. Wir dürfen zunächst zweierlei nicht übersehen: einmal, dass die Einrichtungen der Firmen- und der Markenregister und die Gesetze zum Schutze der Firmen und der Marken das Recht an diesen Gewerbefactoren, indem sie es mit besonderen Schutzwehren umgeben, nicht erst schaffen, sondern vielmehr voraussetzen. Sodann, dass das Zeitungseigentum jenen Collisionen, welche bei den Firmen und Marken wegen des Vorkommens gleicher Namen und Zeichen und der Schwierigkeit der Feststellung der Priorität unvermeidlich sind, in keiner Weise ausgesetzt ist und folglich einer besonderen staatlichen Regulirung und eines eigenen Specialrechts wie das Eigentum an Firmen und Marken gar nicht bedarf, sofern es nur nach jus commune begründet ist.

Ob es aber nach gemeinem Rechte begründet ist — diese Frage hängt ab von der Vorfrage, ob ein Zeitungsunternehmen als solches unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen ein wirtschaftliches Gut darstellt. Dass die Normen des gemeinen Eigentumsrechts sich vornehmlich auf Sachgüter beziehen, daran kann ja nicht gezweifelt werden. Daraus folgt indessen noch keineswegs, dass Güter, welche zur Zeit der Codification des Eigentumsrechts noch unbekannt waren und sich erst in der Neuzeit entwickelt haben, ausserhalb der staatlich gewährleisteten Eigentumsordnung stehen. Die Güterwelt ist in stetiger Entwicklung begriffen. Wir sehen fortwährend einerseits Dinge, die früher Güter waren, ihre Gutseigenschaft verlieren und aus der Güterwelt ausscheiden, anderseits

neue Güter entstehen, von denen man früher nichts gewusst hat.[25] Die Eigentumsordnung aber ist durch die zu ihrem Schutze gegebenen Gesetze darum, weil diese die zu ihrer Zeit gerade bekannten Güter im Auge hatten, keineswegs vor den später neu sich entwickelnden Gütern verschlossen worden. Sie erstreckt sich auf alle Güter, welche das wirtschaftliche Leben jeweilig hervorbringt, mögen diese nun unter den Begriff der Sachgüter oder in eine höhere Güterordnung fallen.

Es muss also auch ein Zeitungsunternehmen als ein Gegenstand des Eigentums und als unter dem Schutze der gemeinen Eigentumsordnung stehend erkannt werden, wenn und sofern dasselbe ein wirtschaftliches Gut bildet.

Dass aber ein Zeitungsunternehmen als solches, d. h. abgesehen von den in dem Betriebe verwendeten Sachgütern und Arbeitskräften, schon vermöge der Kundbarkeit der Zeitung gleich einem durch die Firma des Subjects oder durch die Waarenmarke getragenen Gewerbe ein wirtschaftliches Gut ist, zeigt uns mit voller Evidenz schon der Augenschein. Wir sehen nicht nur den Unternehmer aus der Zeitung einen Nutzen ziehen, der das Product der geleisteten Arbeit und der Kundbarkeit der Zeitung auf dem Markt, und umso grösser ist, je weiter der Kreis, in welchem die Zeitung bekannt, und je gefesteter der Credit derselben ist, — wir sehen auch, wie Zeitungsunternehmen als solche gleich anderen Gewerben verkauft und gekauft werden.

Allerdings pflegt mit einem Zeitungsunternehmen gewöhnlich auch das Zeitungsetablissement, die Druckerei u. s. w. mitverkauft zu werden. Indessen werden auch Zeitungsunternehmungen ohne jedes Etablissement verkauft, und sicher schliesst der Verkauf der Druckerei, der Utensilien u. s. w. nicht schon auch den Verkauf der Zeitung in sich, wie anderseits der Erwerber der Zeitung derselben nicht verlustig wird dadurch, dass das Etablissement derselben etwa durch Feuer zugrunde geht.

Ist also das Zeitungsunternehmen als solches d. i. die Kundbarkeit der Zeitung auf dem Markte, ein wirtschaftliches Gut, so muss dieses Gut schon auf Grund der gemeinen Eigentumsordnung als Eigentum desjenigen anerkannt werden, welcher dasselbe durch seine Arbeit geschaffen oder von dessen Schöpfer oder einem Rechtsnachfolger desselben rechtlich erworben hat.[26]

Und äussern muss sich das Zeitungseigentum, das, wie gezeigt, den Zeitungstitel als den alleinigen Träger des Zeitungsunternehmens zu seinem unmittelbaren Gegenstand hat, in dem ausschliesslichen Gebrauche des Zeitungstitels, d. i. in der Untersagung des Gebrauchs desselben durch Andere für einen in demselben Orte erscheinende Zeitung, wie sich das Eigentum an einem von der Firma oder der Waarenmarke getragenen Gewerbe in dem ausschliesslichen Gebrauch

[25] Vgl. Cohn System der Nationalökonomie I § 142.
[26] Vgl. Geller im Centralbl. f. d. juristische Praxis Bd. IV S. 727 fg. und Kohler ibid. S. 729 ff.



der Firma oder der Marke, d. i. in der Untersagung des Gebrauchs derselben für ein Gewerbe bez. eine Waare gleicher Art auf demselben Markte äussert. —

Das Eigentum an einem Gewerbe endlich, das an einen festen Standort gebunden ist, ist empirisch und rechtlich mit dem Besitze des betreffenden Grundstücks gegeben, und äussert sich, jenachdem die örtliche Lage oder der Name (die Bezeichnung) des Grundstücks der constante specifische Factor des Gewerbes ist, schon in dem ausschliesslichen Besitze des Grundstücks oder in der Ausschliessung Anderer von dem Gebrauche des Namens oder der Bezeichnung desselben für ein Gewerbe gleicher Art in demselben Orte.[27]

(Fortsetzung folgt.)

Literarische Anzeige.[1]

Versio in rem. Studie k §§ 1041—1044 o. z. obi. Podává prof. Dr. Stupecký. (V Praze, Bursík a Kohout 1888.)

Wie der Herr Verfasser in der Einleitung S. 1—3 hervorhebt, behandelt das bGb. den Gegenstand der Schrift in den §§ 1041—1044 unter der Marginalrubrik „Verwendung einer Sache zum Nutzen eines Andern", nach dem Muster des aLR., wo (I 13, §§ 262—280) „von nützlicher Verwendung" in einer weitläufigen aber wenig gelungenen Weise gehandelt wird. Doch wird weder die rechtliche Natur noch der Wirkungskreis der actio de in r. v. durch diese gesetzlichen Bestimmungen des österreichischen und preussischen Gesetzes klargestellt, und bleibt das Rechtsinstitut nach wie vor in beiden Richtungen ein ebenso dunkles als bestrittenes.

So ist es auch natürlich, dass die Praxis — besonders auch in Oesterreich — eine sehr schwankende ist, dass die Entscheidungen einander widersprechen, und dass in sehr vielen Fällen sich auf diese gesetzlichen Bestimmungen ganz mit Unrecht berufen wird.

Der Herr Verfasser ist nun redlich bemüht, diese unklaren Bestimmungen ins wahre Licht zu stellen, Wesen und Wirkungskreis des Rechtsinstituts festzustellen, indem er uns zu diesem Zwecke mit anerkennungswertem Fleisse das gesammte Material vorlegt.

Insbesondere ist es die Bestimmung des berühmten, man möchte sagen „berüchtigten" § 1042 bGb., welcher der Herr Verfasser seine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat (S. 136 und ff.).

Allgemein wird anerkannt, dass stets wenigstens der animus obligandi (also kein an. donandi) vorhanden sein müsse (vgl. die E. Nr. 9706 bei G.U.). — Während aber die einen die Ansicht aussprechen, dass der § 1042 bGb. nicht für sich allein, sondern im Zusammenhange mit den übrigen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag ins Auge gefasst werden müsse — also gleichsam die Regel für dieses ganze Rechtsinstitut mit dem animus, negotia aliena gerendi bestimmen („in der Absicht für einen andern und in dessen Interesse zu handeln", vgl. die oberstger. E. v. 17. Dec. 1873 Judicat 81, G.U. 5177, dazu Stupecký S. 137, 138) — nehmen andere den entgegengesetzten Standpunkt ein, indem sie anführen, dass der animus negotia aliena gerendi keineswegs Voraussetzung dieser Klage sei (bes. S. 148, 149).

Der Herr Verfasser führt nun aus, dass die Klage aus dem § 1042 bGb. nur dann statthabe, wenn dem Berechtigten gegen denjenigen, in dessen Interesse

[27] Vgl. Kohler a. a. O. S. 729 ff.

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Bauernmarkt 11, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

der Aufwand gemacht worden ist, eine andere Klage nicht zusteht (S. 166 u. Anm. 309).

Insbesondere ist Stupecký bemüht, durch die Berufung auf den uns durch das Verdienst des k. k. Hofrats von Harrasowsky zugänglich gemachten Codex Theresianus, sowie den Entwurf von Horten und Martini, und besonders auch die durch Dr. Ofner's Sorgfalt und Mühe publicierten Protokolle der letzten Redactions-Commission des bGb. diese gesetzlichen Bestimmungen ins wahre Licht zu stellen.

Mit Rücksicht darauf, dass das bGb. auch die „Condictio sine causa“ recipiert hatte, ist nach des Verfassers Ansicht eine bestimmte Abgrenzung der actio de in r. v. überhaupt nicht möglich. Und so bleibt denn trotz der redlichen Bemühung des Verfassers die richtige Interpretation und die wahre Bedeutung der Bestimmungen der §§ 1041 u. 1042 bGb. auch weiterhin unaufgeklärt (vgl. auch S. 178, 179).

Im Schlussatze V S. 180—188 werden dann noch die Bestimmungen des code civil, des Züricher Ges., des hessischen, bayerischen und Dresdener Entwurfs, des sächs. bGb., des schweizerischen Obligationsrechts kurz berührt, und auf die Motive des neuesten Entwurfs eines bGb. für das Deutsche Reich (II S. 871 u. ff.) gewiesen, wonach in dem Entwurfe diese Klage nicht aufgenommen erscheint.

Nebstdem werden aber auch mehrere andere verwandte Materien des Obligationenrechts, insbesondere die Bevollmächtigung, die Geschäftsführung ohne Auftrag und die grundlose Bereicherung einer gründlichen Erörterung unterzogen.

So muss denn die vorliegende Schrift, welche den bescheidenen Titel einer „Studie zu den §§ 1041—1044 bGb.“ führt, eigentlich als eine gründliche Monographie über die „actio de in rem verso“ nach römischem, österreichischem und preussischem Rechte bezeichnet werden. Dr. A. P......k.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

76.

Anspruch auf Grenzerneuerung durch das Gericht nach abgeschlossenem Vergleiche auf Grenzerneuerung durch Schiedsmänner. Art der Geltendmachung dieses Anspruchs.

Vgl. oben Nr. 2.

(E. 30. Aug. 1888, Z. 10245.)

Aus Anlass eines Besitzstörungsstritts schlossen beide Streittheile aussergerichtlich einen Vergleich dahin ab, dass jeder von ihnen einen Ingenieur namhaft mache und die strittigen Grenzen, wie sie von den also gewählten Sachverständigen festgesetzt werden, als richtig anerkenne, und infolge dieses Vergleichs wurde der Stritt in suspenso belassen. Bald darauf schritt A um gerichtliche Erneuerung der strittigen Grenzen ein, wurde aber mit seinem Ansuchen vom 1. R. nach Einvernahme des B, welcher erklärte, dass er sich in eine Grenzregulierung nicht einlasse, abgewiesen, weil mit der gemeinschaftlichen Erneuerung der Grenzen sämmtliche Grenznachbarn einverstanden sein müssen, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft und ein diesbezügliches Erkenntnis nicht vorliegt (§ 850 bGb.).

Ueber Recurs des A wurde der erstr. Bescheid vom OLG. aufgehoben und dem BG. aufgetragen, an Ort und Stelle eine Tagfahrt unter Vorladung beider

Theile anzuordnen, hiebei, wenn notwendig unter Zuziehung von seitens des Gerichts zu bestellenden Sachverständigen die Erneuerung der Grenzen vorzunehmen und eventuell nach der im § 852 bGB. vorgezeichneten Weise den letzten Besitzstand zu erheben, dies in Anbetracht, dass nach der Behauptung des Recurrenten die Grenzen zwischen seinen und des B Grundstücken unkenntlich geworden seien, B diese Anführung gar nicht als unrichtig bezeichnet hat, dass in diesem Falle der Recurrent gemäss §§ 850 und 851 bGb. allerdings berechtigt ist, die Erneuerung der Grenzen zu verlangen, B dieses Recht des Recurrenten nicht bestritten, vielmehr nur behauptet hat, dass der Recurrent dasselbe in der mit ihm angeblich bereits vereinbarten Weise geltend machen müsste, dass die behauptete Vereinbarung jedoch einem Vergleich auf Schiedsrichter gleich zu halten und wegen unterbliebener schriftlicher Fixierung unwirksam wäre, dass selbst bei mangelndem Einverständnisse des Nachbarn das Gesuch um Grenzerneuerung keineswegs sofort abzuweisen, sondern bei Eintritt der im § 851 bGb. erwähnten Voraussetzungen seitens des Gerichts der letzte Besitzstand zu schützen ist, dass demnach die vom 1. R. ausgesprochene Abweisung des Gesuchs des Recurrenten dem Gesetze nicht entspricht.

Der OGH. bestätigte die o.g. E., weil bei unkennbar gewordenen Grenzen der Theilhaber berechtigt ist, die Erneuerung der Grenzen zu verlangen, weiters die im Revisionsrecurse vertretene Rechtsansicht, dass der „Anspruch auf Grenzregulierung“ erst im Rechtswege dargethan werden müsste, im Gesetze nicht begründet ist und auch der angebliche Vergleich nach dem Schlussatze des § 851 bGb. die dermal angesuchte Grenzerneuerung nicht hindert. y.

77.

Gemeinschaftliche Kostenpflicht beider Theile bei der Grenzerneuerung.

(E. 3. Febr. 1887, Z. 794.)

Bei der über das Grenzregulierungsgesuch des A erfolgten Einvernahme erklärte B, dass er gegen die von jenem begehrte Grenzbestimmung nach Lage der Grundbuchsmappe und mit Rücksicht auf den letzten Besitzstand nichts einzuwenden habe und damit einverstanden sei, sich jedoch gegen Tragung der Hälfte der Grenzregulierungskosten verwahre. Trotzdem hat ihm der 1. R. unter Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 850 bGb. die Hälfte der Kosten zu zahlen auferlegt. Das OLG. bestätigte diese Verfügung in der Erwägung, dass jeder Theilhaber einer gemeinschaftlichen Grenze das Recht hat, eine gemeinschaftliche Erneuerung der Grenzen auf gemeinschaftliche Kosten zu begehren, sobald die Gefahr eintritt, dass dieselben unkenntlich werden, oder wenn dieselben bereits unkenntlich geworden sind, wie dies aus dem Zusammenhange der §§ 850 und 851 bGb. sich ergiebt; in der Erwägung, dass dieses Recht des einen Theilhabers von dem anderen Theilhaber weder durch die Verweigerung seiner Zustimmung überhaupt, noch durch die Weigerung zu den Kosten beizutragen entzogen werden kann, dass demnach der Umstand, dass B sich in seiner zustimmenden Aeusserung über das Gesuch des A gegen einen theilweisen Kostenersatz verwahrte, die Auftheilung der Kosten nach Anordnung des § 850 bGb. nicht hindern kann.

Den a.o. Revisionsrecurs des B verwarf der OGH. wegen Abgangs der nach § 16 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) zur Abänderung gleichförmiger Erledigungen der Untergerichte notwendigen Voraussetzungen und in der Erwägung, dass der Recurrent seine Zustimmung zu der vom A begehrten Grenzbestimmung auf Grund der Grundbuchsmappe ertheilt hat, die Grenzbestimmung sonach eine gemeinschaftliche war, der 1. R. daher mit Recht deren Kosten auf die beiden Theilhaber vertheilt hat. y.

78.

Pfandprivilegium der Erwerb- und Einkommensteuer von einem Müllergewerbe an der Mühle[1].

Vgl. Bd. III Nr. 105 u. Nachw.

(E. 13. Dec. 1887, Z. 13755.)

Das vom Fiscus angesprochene Vorzugsrecht für die Erwerb- und Einkommensteuer vom Müllergewerbe bei der Vertheilung des Meistgebots für die zwangsweise versteigerte Mühle wurde vom OLG. entgegen dem 1. R. zuerkannt in der Erwägung, dass die Realität zu dem Betriebe des Müllergewerbes ausschliesslich bestimmt und dazu eingerichtet erscheint, es sich daher bei diesem Gewerbsbetriebe nicht blos um die persönliche Thätigkeit und die Capitalskraft des Unternehmers, sondern um die Benützung der eigens zum Müllergewerbe bestimmten, mit den erforderlichen Vorrichtungen versehenen Realität, also um einen Erwerb handelt, der nur durch Mithilfe der erwähnten Benützung ermöglicht wird und weil die fragliche Realität auch mit allen zu dem Müllergewerbe gehörigen Vorrichtungen veräussert wurde, weil somit die von dem Müllergewerbe zu entrichtende Erwerb- und Einkommensteuer als eine auf der Realität haftende landesfürstliche Steuer zu behandeln, und daher bei Vertheilung des für die Realität erzielten Erlöses den Rückständen pro 1887 an diesen Steuern das gesetzlich statuierte pfandrechtliche Vorzugsrecht vor den übrigen auf der Realität haftenden Tabularforderungen auf jenen Erlös zuzuerkennen ist. — Der OGH. bestätigte die o.g. E. mit Hinweisung auf die ihr beigefügte Begründung.

79.

Anfechtung. Unanfechtbarkeit der Zahlung einer fälligen, Anfechtbarkeit der Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld seitens eines nicht registrierten Kaufmanns (§§ 2 u. 5 AG.).

(E. 12. Juli 1888, Z. 7163.)

Die Klage des CMVerwalters gegen B auf Unwirksamerklärung der demselben vom Gemeinschuldner C sieben Tage vor der Concurseröffnung geleisteten Zahlung und auf Rückerstattung des empfangenen Betrags von 402 fl. 35 kr. wurde vom 1. R. zur Gänze abgewiesen. Gründe: Die Kl. erscheint sachfällig, weil die Anfechtung mit Hinweis auf § 2 AG. erfolgte, die Absicht des C aber, durch Zahlung an den Gläubiger B seine übrigen Gläubiger zu benachtheiligen, weder kl. behauptet wurde, noch der ganzen Sachlage nach als vorhanden angenommen werden kann; denn in dem blossen Bewusstsein der Ueberschuldung kann noch nicht das Bewusstsein, seine Gläubiger durch Bezahlung Einzelner zu schädigen, gefunden werden. Vielmehr kann die Zahlung einer bestehenden Schuld überhaupt nicht unter den § 2 AG. subsummiert werden, zumal das Gesetz selbst für diesen Fall besondere Anordnungen in den §§ 5 u. 6 trifft. Die Berufung des Kl. auf diese Paragraphe aber stellt sich nach dem Wortlaute derselben als unbegründet dar, da C zugestandenermaassen nicht protokollierter Kaufmann war. Aus diesem Grunde konnte auch die Eventualbitte des Kl., die gekl. Firma zur Rückstellung der auf die noch nicht fälligen zwei Wechsel gezahlten Ausgleichssumme per 272 fl. 31 kr. zu verurtheilen, mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 5 AG. nicht Folge gegeben werden. Eine richterliche Ueberzeugung konnte nur dahin gewonnen werden, dass C in leichtsinniger und darum strafrechtlich geahndeter Weise geglaubt hat, trotz seiner Insolvenz durch theilweise Befriedigung seiner Gläubiger dem Concurse entgehen zu können. Eine Absicht, die Gläubiger durch die theilweise Bezahlung gerade dieses einen Gläubigers zu benachtheiligen, ist weder behauptet worden, noch kann sie bei dem Umstande, als nach dem Zugeständnisse des Anfechtungswerbers andere Gläubiger 70 Percent ihrer Forderungen, die gekl. Firma aber nur 33¹/₃ Percent erhalten hat, als vorhanden angenommen werden. Der Berufung des Kl. auf das Strafurtheil konnte

[1] Vgl. die Bemerkung der Redaction in dieser Zeitschr. Bd. III S. 220.

gemäss § 50 AG. eine Bedeutung nicht zugemessen werden, zumal auch in dem Strafurtheile gegen C nur über die formelle Möglichkeit, nicht aber über die materielle Rechtsbeständigkeit der Anfechtung der geleisteten Zahlungen entschieden worden ist.

Das OLG. erkannte nach der Eventualklagbitte auf Unwirksamerklärung und Rückerstattung der Theilzahlung von 272 fl. 81 kr. Gründe: Im vorliegenden Rechtsstreite ficht der Kl. in Vertretung der C'schen Gläubigerschaft schaft eine von C am 4. Oct. 1886, also nur sieben Tage, ehe (am 11. Oct. 1886) der Concurs über sein Vermögen eröffnet wurde, den Gekl. auf ihre Wechselforderungen von 388 fl. 62 kr. (fällig am 5. Sept. 1886), 375 fl. 64 kr. (fällig am 21. Oct. 1886) und 442 fl. 81 kr. (fällig am 24. Nov. 1886) geleistete Zahlung von je 33⅓ Percent, zusammen mit 402 fl. 35 kr., an und begehrt die Rechtsunwirksamerklärung dieser Zahlung und Rückerstattung dieser Beträge an die Concursmasse, wobei er sich auf die Bestimmungen der §§ 2 u. 5 AG. stützt. Von den bezeichneten Wechseln war der erste per 388 fl. 62 kr. zur Zeit der geleisteten Zahlung bereits fällig, während dies bei den zwei anderen Wechseln nicht der Fall war. Nachdem § 5 AG. specielle Bestimmungen für die Anfechtbarkeit solcher Rechtshandlungen enthält, welche zum Zwecke haben, einem Gläubiger eine Befriedigung zu gewähren, die er nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, so ist die Frage der Anfechtbarkeit der auf die beiden nicht fälligen Wechsel zusammen mit 272 fl. 81 kr. geleisteten Zahlung nur nach dieser Gesetzesstelle zu beurtheilen, während für die Anfechtbarkeit der auf die fällige und hinsichtlich ihrer Richtigkeit unbestrittene Wechselforderung per 388 fl. 62 kr. geleisteten Zahlung von 129 fl. 54 kr. der § 2 des bezogenen Gesetzes maassgebend erscheint. Der. 1. R. hat mit Recht angenommen, dass im Grunde dieser zuletzt angeführten Gesetzesbestimmung die von dem Schuldner geleistete Zahlung einer richtigen und fälligen Schuld nicht angefochten werden könne. Die gekl. Firma hatte am 4. Oct. 1886 das Recht, von C die Zahlung der bereits am 5. Sept. 1886 verfallenen Wechselforderung zu begehren, und wenn ihr auch wirklich durch A mitgetheilt wurde, dass eine grössere Anzahl von Gläubigern C's den ihnen angebotenen Ausgleich nicht acceptieren, so kann ihr doch darum, dass sie von ihrem Rechte Gebrauch machte, Zahlung begehrte und annahm, nicht eine fraudulose Absicht zur Last gelegt werden. Dem Gesagten zufolge erscheint die erstr. Abweisung des Klagebegehrens, soweit sie die auf den Wechsel per 388 fl. 62 kr. geleistete Zahlung von 129 fl. 54 kr. betrifft, gerechtfertigt und muss diesfalls das erstr. U. bestätigt werden. Hiebei ist zu bemerken, dass, wie sich aus den Acquittierungsclauseln der drei Wechsel ergiebt, auf jeden derselben 33⅓ Percent bezahlt wurden, daher die auf jeden geleistete Zahlung besonders in Betracht zu ziehen ist und es nicht angeht, das, was ausdrücklich auf den einen Wechsel geleistet wurde, auf den anderen zu beziehen. Was hingegen die Anfechtung der auf die beiden nicht fällig gewesenen Wechsel sieben Tage vor der Concurseröffnung geleisteten Zahlungen von 125 fl. 20 kr. und 147 fl. 61 kr., zusammen 272 fl. 81 kr., betrifft, so treffen diesfalls alle Voraussetzungen des § 5 AG. zu. Die Anschauung des 1. R., dass dieser Paragraph sich nur auf Rechtshandlungen von Kaufleuten bezieht, deren Firma handelsgerichtlich registriert ist, widerspricht der Textierung des § 5 AG., wo im Einklange mit den die Zahlungseinstellung einer Handelsgesellschaft oder eines Einzelkaufmanns, der eine registrierte Firma besitzt, behandelnden §§ 191, 194 u. 198 CO. die Zahlungseinstellung eines derartigen Kaufmanns besonders hervorgehoben wird. Wenn weiters im § 5 die Anbringung eines Begehrens um Concurseröffnung erwähnt wird, ohne nähere Bezeichnung des Schuldners, so bezieht sich dies offenbar auf solche Schuldner, die nicht zu den registrierten Kaufleuten gehören. Darin, dass C, der einen aussergerichtlichen Ausgleich mit allen seinen Gläubigern herbeizuführen bestrebt war, der gekl. Firma im Grunde des mit ihr geschlossenen Separatausgleichs Zahlung leistete, ehe sich noch sämmtliche Gläubiger zum Ausgleichen bereit erklärt hatten, war eine zweifellos die übrigen Gläubiger benachtheiligende Begünstigung der Gekl. gelegen. Die Gekl. hätte daher nach § 5 AG. zu beweisen gehabt, dass ihr eine Absicht C's, sie vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war. Einen solchen Beweis hat sie nicht angeboten und kann vielmehr nach den Umständen nicht bezweifelt werden.

dass es ihr bei Erhalt der Zahlung nicht unbekannt geblieben ist, dass der Ausgleich noch nicht mit allen Gläubigern perfect sei. Es wurde daher in theilweiser Abänderung des erstr. U. hinsichtlich des Betrags von 272 fl. 81 kr. dem Klagebegehren stattgegeben.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Mit Rücksicht auf den Inhalt der nur von der Gekl. ergriffenen Revisionsbeschwerde ist lediglich der Erörterung zu unterziehen, ob die Concursmasse des C berechtigt ist, die vom Cridatar der gekl. Fabrik auf Grund der Wechsel vom 22. Juni 1886 per 375 fl. 64 kr. und vom 24. Juli 1886 per 442 fl. 81 kr. zu deren vollständigen Begleichung am 4. Oct. 1886 geleistete Zahlung im Betrage von 272 fl. 81 kr. zurückzufordern. Da diese Wechsel zur Zeit ihrer Zahlung noch nicht fällig waren und somit das Recht der Gekl. auf deren Berichtigung noch nicht bestand, und wie zugegeben, am 11. Oct. 1886 beim LG. über das Vermögen des Cridatars der Concurs bereits eröffnet war, somit nach § 5 AG. die rechtliche Vermuthung besteht, dass der Cridatar diese Rechtshandlung in der Absicht vornahm, um die Gekl. zu begünstigen, so hängt die Entscheidung nur davon ab, ob der § 5 AG., obschon die Firma C handelsgerichtlich nicht protokolliert war, angewendet werden kann und die gekl. Firma den Beweis erbringen konnte, dass sie die Begünstigungsabsicht des Cridatars nicht kannte und bei letzterem nachweisbar eine solche nicht bestand, keineswegs aber trifft die Concursmassevertretung die Beweislast darüber, dass selbe hievon Kenntnis hatte. Wenn geklagterseits der Mangel der Protokollierung gegen die Anwendbarkeit des erwähnten Gesetzes vorgebracht wird, so wird, wie schon der obere Richter nachgewiesen hat, gegen den Wortlaut des Gesetzes und die im Zusammenhang aufzufassenden Worte und deren Sinn angeknüpft. Die gekl. Firma hat ferner keine Thatsachen anzuführen vermocht, aus welchen mit einigem Grund auf ihre Unkenntnis von der Begünstigungsabsicht zu schliessen erlaubt wäre. Thatsächlich wurde sie, wie aus den Behelfen zu ententnehmen ist, gegen dem begünstigt, wenn das vorhandene Vermögen gleichmässig unter die vorhandenen Gläubiger vertheilt worden wäre. Indem sie in der Kenntnis der Insolvenz, wie sie im Excipiendo durch Unterlassung des formellen Widerspruchs zugestanden hat, dennoch den Vergleich geschlossen und Zahlung angenommen hat, ohne sich darum zu kümmern, wie es mit dem Ausgleich steht, hat sie die ihr im Bestande des erwähnten Gesetzes obliegende Diligenz nicht prästiert und zu erkennen gegeben, es sei ihr gleichgiltig, ob der Ausgleich perfect werden wird oder nicht. Es entfällt daher die Notwendigkeit, auf die von der kl. Concursmasse angebotenen Beweise abzugeben, woraus im Falle des Gelingens geradezu angenommen werden müsste, dass ihr die Begünstigungsabsicht jedenfalls bekannt war. Den Nachweis darüber, dass der Cridatar nicht von der Begünstigungsabsicht geleitet war, hat die gekl. Fabrik gleichfalls nicht im mindesten geliefert. Insofern musste daher das o. g. U. bestätigt werden.

80.

Kauf bricht Miete: Kündigungsrecht des neuen Besitzers gegen den noch nicht eingezogenen Mieter.

(E. 14. Nov. 1888, Z. 13.299.)

Die vom 1. R. für unwirksam erklärte Aufkündigung wurde vom OLG. aufrechterhalten. Gründe: Die Veräusserung einer in Bestand gegebenen Sache begründet an und für sich keine Auflösung des Bestandvertrags; dagegen tritt aber auch anderseits der neue Erwerber ohne besondere Verabredung nicht in das Obligationsverhältnis des Veräussernden ohneweiters ein und kann daher von seinem Eigentumsrechte Gebrauch machen, den Bestandnehmer, der im allgemeinen kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht zur Bestandsache hat, von derselben entfernen. Aus diesem Grunde verordnet der § 1120 bGb., dass im Falle der Veräusserung des Bestandobjects der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen muss. Dem neuen Besitzer das Kündigungsrecht deshalb absprechen zu wollen, weil der Bestandnehmer die Bestandsache noch nicht übernommen hat, ist im Gesetze nicht begründet, und dieselben gesetzlichen

Gründe, welche dem neuen Besitzer gegen den Bestandnehmer, der die Bestandsache in Besitz hat, das Kündigungsrecht einräumen, sprechen in einem noch erhöhterem Maasse für den neuen Besitzer gegen einen Bestandnehmer, der das Bestandobject erst übernehmen soll. Die entgegengesetzte vom Kl. vertretene Anschauung würde geradezu zu Inconsequenzen führen und Unrecht im Gefolge haben. Die lediglich von diesem Gesichtspunkt ausgehenden und auf demselben einzig und allein fussenden Einwendungen gegen die Kündigung erscheinen demnach unbegründet und müssen unter Abänderung des erstr. U. und Aufrechthaltung der Kündigung abgewiesen werden.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. aus dessen der Sachlage und dem Gesetze entsprechenden Gründen, zumal das wirkliche Uebergehen und Beziehen des Bestandobjects zum Zustandekommen des Vertrags nicht erforderlich ist und der vom Gesetze in der Regel nach Aufhebung des Mietvertrags verlangten Rückstellung des Mietobjects im vorliegenden Falle das Rücklassen, das heisst das Nichtbeziehen des Mietobjects, entspricht.

B. Handels- und Wechselrecht.

81.

Voraussetzung für die Registrierung einer Handelsgesellschaft, deren Mitglieder sämmtlich im Auslande wohnen: Bestellung eines Procuristen.

(E. 7. Nov. 1888, Z. 16.083.)

Das Gesuch mehrerer Ausländer, welche sich zum Betriebe einer Fabrik in Wiener-Neustadt vereinigt hatten, um Registrierung der Gesellschaft mit dem Sitze in Wiener-Neustadt wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. in der Erwägung, dass die Angabe, welche Wiener-Neustadt als Sitz der Gesellschaft bezeichnet, durch die weitere Angabe widerlegt erscheint, nach welcher alle zur Vertretung berufenen Gesellschafter ihren Wohnsitz im Auslande haben, dass daher die Niederlassung in Wiener-Neustadt, in welcher die handelsgewerbliche Thätigkeit nach den Angaben des Gesuchs selbständig ausgeübt werden soll, nur als Zweigniederlassung gewürdigt werden kann, dass bei dieser Sachlage die Firma der Gesellschaft allerdings bei dem k. k. KG. in Wiener-Neustadt zu protocollieren ist, dass aber zur Zeit eine richtige Angabe über den Sitz der Gesellschaft fehlt, dass bei dem Umstande, als die in Wiener-Neustadt selbständig auszuübende handelsgewerbliche Thätigkeit und die dadurch bedingte Vornahme von Rechtshandlungen mit Rücksicht auf den Wohnsitz der zur Vertretung berufenen Gesellschafter die Bestellung eines Procuristen zur notwendigen Voraussetzung hat, im vorliegenden Falle nicht blos der Vorschrift des Art. 86, sondern auch der Anwendung des Art. 45 Hgb. zu entsprechen ist, und dass es sohin an den Voraussetzungen des § 16 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) fehlt.

82.

Distanzkauf. Bemänglung und Dispositionsstellung eines Theils der theilbaren Waare bei Annahme des anderen Theils. Dispositionsstellung durch Rücksendung der Waare an den Verkäufer? Wegfall der Einrede wegen Mängel bei unterbliebener Feststellung der Mängel und nach erfolgter Veräusserung der vom Verkäufer nicht zurückgenommenen Waare durch den Frachtführer. Beweisführung über die Mängel einer nicht mehr vorhandenen Waare durch Zeugen und Eideszuschiebung?

(E. 17. Jän. 1889, Z. 148.)

Der 1. R. hatte der Klage auf Zahlung des restlichen Kaufpreises nur für den Fall stattgegeben, wenn Kl. eidlich in Abrede stellt, „dass die dem Gekl. gelieferte Waare fehlerhaft war“, oder der Gekl. eidlich beteuert, „dass die von

ihm dem Kl. zur Disposition gestellte Waare identisch war mit der ihm vom Kl. übersendeten Waare". Das OLG. erkannte unbedingt nach dem Klagebegehren.

Gründe: Es ist beiderseitig unbestritten, dass der Kl. dem Gekl. die facturierte und im Preisansatze unbestrittene Waare in zwei Partien einsandte, dass hiefür ein Kaufpreis von 404 fl. 80 kr. berechnet war und der Gekl. hierauf nur einen Betrag von 50 fl. bezahlt hat, somit der eingeklagte Kaufpreis per 354 fl. 80 kr. noch aushaftet. Die wesentlichen Einwendungen des Gekl. gehen nun dahin: 1. Dass Kl. nicht rechtzeitig geliefert habe, 2. dass ein grösserer Theil der gelieferten Waare nicht vertragsmässig I. Qualität nach Muster gewesen sei. Was die erstere Einwendung anbelangt, so ist, abgesehen von der durch die vorliegende Correspondenz erwiesene Fristung der Lieferzeit vom Gekl. in keiner Weise ein Beweis angeboten worden, dass ihm dadurch ein wirklicher Schade erwachsen sei, er hat in keiner Weise seinen Willen, deshalb von der Erfüllung des Vertrags abzugehen, oder deshalb einen Schadenersatz zu fordern, im Sinne des Art. 55 u. ff. Hgb. manifestiert — im Gegentheile er hat die vom Kl. gelieferte Waare übernommen und sogar einen Theil derselben für sich verwendet, der Gekl. hat somit nicht das Recht, aus diesem Grunde nachträglich zu verlangen, dass ein Theil des Vertrags wieder rückgängig gemacht werden soll. Die zweite Einwendung des Gekl. ist aber nicht erwiesen, und kann dermalen ein Beweis derselben nicht mehr nachgetragen werden. Ob Gekl. dem Kl. die Mängel der empfangenen Waare rechtzeitig mitgetheilt hat, mag dahin gestellt bleiben, obwohl dieses nach dem Gutachten der Sachverständigen zu bejahen sein dürfte, trotzdem die gerügten Mängel offenbar sofort wahrnehmbar gewesen sein mussten, und wenigstens ein Sachverständiger als beim Baue des Gekl. unmittelbar Betheiligter nicht unbefangen erscheint. Allein damit wäre nach Handelsrecht nur begründet, dass die empfangene Waare (trotz Mängel) nicht als vom Gekl. genehmigt zu gelten hat. Keinesfalls ist aber erwiesen, dass der gelieferten Waare die vom Gekl. angegebenen Mängel oder welche derselben thatsächlich anhaften. Hat der Gekl. nicht gemäss Art. 348 Hgb. für die Aufbewahrung der beanständeten Waare Sorge getragen und den Zustand der Waare feststellen lassen, so obliegt ihm der gerichtsordnungsmässige Beweis der von ihm behaupteten Mängel. Ein solcher Beweis, durch Sachverständige konnte vom Gekl. nicht hergestellt werden, weil derselbe wider die gesetzliche Vorschrift den angeblich mangelhaften Theil der Waare rückgängig gemacht hat und dieser Theil vor Aufnahme des Befundes von der Staatsbahnverwaltung veräussert wurde, es ist demnach dieser Beweis auch nicht mehr nachzuholen und kann ein Beweis über den Zustand und die Eigenschaften der Waare nicht durch einen Haupteid substituiert werden, weil ein Gutachten auf der Folgerung aus thatsächlichen Verhältnissen beruht, der Haupteid aber nur die Thatsache selbst zur Grundlage hat. Uebrigens hat der Gekl. dadurch, dass er einen Theil der Waare für sich verwendet hat, die Waare bereits übernommen und genehmigt, indem es ihm gesetzlich nicht zusteht, einen ihm beliebigen Theil des Vertrags ohne Zustimmung des Gegners als erfüllt zu betrachten, bezüglich eines andern Theils aber von dem Vertrage abzugehen und noch weniger hatte Gekl. gesetzlich eine Berechtigung, die dem Verkäufer zur Disposition gestellte Waare rückzusenden, weil er eben deshalb, dass er dem Verkäufer die Disposition einräumt, nicht mehr über die Waare verfügen darf. Durch das Gutachten von Sachverständigen und ebenso durch die Aussagen der vernommenen sogenannten sachverständigen Zeugen ist die Mangelhaftigkeit der Waare nicht erwiesen, indem diese Sachverständigen gar nicht über den Zustand der Waare geführt worden sind, es überhaupt nicht festgestellt ist, dass mit Ausnahme des beim Baue des Gekl. selbst beschäftigten, somit nicht unbefangenen N, die anderen beiden Sachverständigen in der Lage waren, die fragliche Waare in Augenschein zu nehmen und über deren Beschaffenheit zu deponieren und durch Zeugen wohl über einzelne Umstände, nicht aber über die Qualität der Waare ein Beweis hergestellt werden kann. Nachdem der Gekl. diesen früheren Standpunkt auch in seinen Appellationsbeschwerden einhält, war dessen Appellation zu verwerfen, hingegen der gegen die bedingte Zuerkennung des Klagsanspruchs gerichteteten Beschwerde des Kl. stattzugeben. Ebenso ist die Beschwerde des Kl. gegen die erstr. Reducierung der Verzugszinsen auf 5 Percent gerechtfertigt, indem die in Art. 287 Hgb. für Handels-

geschäfte normierte Höhe der Verzugszinsen von 6 Percent durch das Ges. v. 15. Mai 1885 (RGB. 87) nicht berührt wird.

Der OGH. bestätigte das o.g. U. Gründe: Im Falle der Kl. mit der Uebergabe der bei ihm vom Gekl. gekauften Waare im Verzuge gewesen, konnte dieser allerdings Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern, Art. 355 Hgb. Der Geklagte hat jedoch einen Schaden, der ihm durch den behaupteten Lieferungsverzug erwachsen, nicht dargethan. Ohne diesen Nachweis ist von keiner Bedeutung die Einwendung betreffend die nicht rechtzeitig geschehene Uebergabe des Kaufgegenstands. Kl. hat die dem Gekl. verkaufte Waare in zwei Sendungen abgeliefert. Zufolge der Frachtbriefe vom 23. Mai u. 2. Juni 1887 konnte Gekl. die erste Sendung am 31. Mai, die zweite am 8. Juni 1887 in Empfang nehmen. Mit den Briefen vom 3. u 4. Juni 1887 hat der Gekl. einen Theil der ersten Sendung beanständet, und wie der Kl. zugiebt, wurde ihm mit dem Schreiben des Gekl. vom 15. Juni 1887 ein Theil der abgelieferten Waare zur Verfügung gestellt und mit der Zuschrift vom 24. Juni 1887 die Rücksendung eines Theils der Waare angezeigt. Ob die Vorschrift des Art. 359 Hgb., welche nur den Fall der theilweisen Nichterfüllung, nicht den Fall der bezüglich der Beschaffenheit eines Theils des Kaufobjects mangelhaften Erfüllung zum Gegenstande hat, auf den letzterwähnten Fall analoge Anwendung finden kann, daher der Gekl. berechtigt war, nur hinsichtlich der mangelhaften Gegenstände vom Vertrage abzugehen; ob dieselben dem Kl. gehörig und rechtzeitig zur Verfügung gestellt worden, ob ungeachtet der Dispositionsstellung der Gekl. gemass Art. 348 Hgb. für die einstweilige Aufbewahrung der Waaren zu sorgen hatte oder befugt war, ohne Weisung des Verkäufers, vielmehr gegen dessen im Briefe vom 17. Juni 1887 erklärten Willen den beanständeten Theil der Waare zurückzusenden, kann unerörtert bleiben. Dem Gekl., da er einen Theil der Waare behielt und verwendete, lag jedenfalls ob, die Fehler nachzuweisen, welche an dem zurückgewiesenen Theile der Waare haften, und derentwegen demselben die vertragsmässige Eigenschaft mangelt. Dieser Beweis wurde nicht erbracht, noch ist ihn herzustellen geeignet der in Betreff der Fehlerhaftigkeit eines Theils der Waare, daher nicht über eine bestimmte Thatsache zugeschobene Haupteid. Schon in Ermanglung des gedachten Beweises und da der Kl., wie nicht bestritten, die Empfangnahme der zurückgesendeten Gegenstände verweigerte, konnte von dem vereinbarten Kaufpreise irgend ein Betrag nicht abgerechnet werden.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

83.

Anspruch des gegen die beabsichtigte Abschreibung eines Stücks des Hypothekarguts Einspruch erhebenden Hypothekars auf Kostenersatz?

Vgl. Bd. VI Nr. 56.

(E. 31. Oct. 1888, Z. 12.833.)

Ueber Einschreiten der Kaiser Ferdinands-Nordbahn und der Eheleute B wurde das Aufforderungsverfahren zum Behufe der lastenfreien Abtrennung einer Fläche von 450 □K. von der Liegenschaft x eingeleitet. Gegen die angestrebte lastenfreie Abtrennung erhob A Einspruch und begehrte den Zuspruch der diesfälligen Kosten, worüber der 1. R. den Eheleuten B den Ersatz der auf 3 fl. 51 kr. festgesetzten Einspruchskosten an A auferlegte. Ueber Recurs der Eheleute B wurde dieser Bescheid vom OLG. dahin abgeändert, dass die Zahlung jener Kosten den genannten Eheleuten B und der Kaiser Ferdinands-Nordbahn aufgetragen wurde. Gründe: Wenn auch im Gesetze vom 6. Febr. 1869 (RGB. 18) keine Bestimmung darüber enthalten ist, wer die Kosten des provocierten Einspruchs eines Pfandgläubigers gegen die angesuchte lastenfreie Abtrennung eines Grundstücks zu tragen hat, so folgt daraus noch keineswegs, dass der Aufgeforderte die ihm im Aufforderungsverfahren, dem er sich, um nicht als zustimmend und auf seine Rechte verzichtend angesehen zu werden, nicht entziehen kann, wider

Willen erwachsenen Kosten selbst zu tragen habe. Wird weiters berücksichtigt, dass die Kosten der dem Aufgeforderten aufgedrungenen Vertheidigung immerhin auch einen ohne eigenes Verschulden erlittenen Schaden darstellen, dessen Ersatz der Beschädigte schon nach den Vorschriften des gemeinen Rechts zu fordern berechtigt ist, so erscheinen die Kaiser Ferdinands-Nordbahn und die Eheleute B, welche die Einleitung des Aufforderungsverfahrens begehrten, zum Ersatze der dem A verursachten Kosten verpflichtet. Nachdem jedoch dieser Ersatz erstrichterlich nur den Eheleuten B auferlegt wurde, während doch auch die Kaiser Ferdinands-Nordbahn ersatzpflichtig erscheint, so musste dem Recurse in dieser Beziehung stattgegeben werden.

Ueber den Revisionsrecurs der Eheleute B und der Kaiser Ferdinands-Nordbahn änderte der OGH. beide unterger. EE. dahin ab, dass A die angemeldeten Kosten seines Einspruchs selbst zu tragen hat, dies in der Erwägung, dass der Richter über die Kosten nur dann abzusprechen hat, wenn er durch das Gesetz hiezu angewiesen ist, dass das Ges. v. 16. Febr. 1869 (RGB. 18) eine Bestimmung über die Kosten nicht enthält, dass durch dasselbe ein ausserstrittiges Verfahren eingeleitet ward, auf welches die §§ 24 bis 26 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) keine Anwendung finden, dass also die unterger. EE. die bezüglich der Eheleute B gleichlautend sind, offenbar wider das Gesetz verstossen und daher nach Zulass des § 16 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 abgeändert werden müssen.

y.

84.

Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Urtheils auf Uebergabe einer Liegenschaft gegen den bücherlichen Singularsuccessor des Geklagten: Anmerkung der Klage. — Wirkungslosigkeit der bei der Grundbuchsanlegung erfolgten Anmerkung des klägerischen Eigentumsanspruchs.

(E. 23. Nov. 1887, Z. 12880.)

A hatte den B auf Eigentumsanerkennung an einer Liegenschaft und Uebergabe derselben geklagt und ein der Klage stattgebendes U. erwirkt. Inzwischen war aber die Liegenschaft an C übergegangen. Nichtsdestoweniger wurde dem A die Eigentumseinverleibung in den Vorinstanzen bewilligt, vom OLG. in der Erwägung, dass A sub praes. 5. Jän. 1883 sein Eigentumsrecht angemeldet hat, welche Anmeldung im Grundbuche angemerkt erscheint, demnach dem gegen B erflossenen U. auch gegen C volle Rechtskraft beigemessen werden muss, welcher erst nach der obigen Anmerkung unterm 15. Jän. 1886 als Eigentümer eingetragen erscheint, infolge dessen die Bewilligung der Execution gegen ihn gemäss § 61 GbG. und JMVdg. v. 19. Sept. 1860 (RGB. 212) gerechtfertigt erscheint.

Der OGH. wies das Executionsbegehren ab, denn die Urtheile aller drei Instanzen, auf Grund welcher die Execution geführt wird, sind wider C, der seit dem Jahre 1886 als Eigentümer der obgedachten Realität intabuliert ist, nicht ergangen. Auch erscheint die unterm 30. Aug. 1881 wider B wegen Uebergabe der Grundwirtschaft ausgetragene Klage im Grundbuche nicht angemerkt und wenngleich laut des dem Executionsgesuche beiliegenden Grundbuchsauszugs, infolge bezirksgerichtlichen Bescheids vom 20. Jän. 1883 im Eigentumsstande dieser Realität anlässlich der Anlegung des Grundbuchs die Anmerkung des von A angemeldeten Eigentumsrechts zu dieser Realität vorkommt, so kann dieser Anmerkung allein noch keineswegs die Bedeutung einer Streitanmerkung, wie dies eben der obere R. annimmt, beigelegt werden. Hat aber A seinen wider B ausgetragenen Streit im Grundbuche gar nicht angemerkt, so geht ihm die Grundlage ab, um im Sinne der JMVdg. v. 19. Sept. 1860 (RGB. 212) und § 61 GbG. wider den nunmehrigen grundbücherlichen Eigentümer die Execution zu führen.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co.

Zur Lehre von der wirklichen Uebergabe bei der Schenkung.*

Von Dr. Otto Frankl.

In einer jüngst erschienenen Abhandlung über „das Erfordernis der wirklichen Uebergabe für die Wirksamkeit der mündlichen Schenkung“ [1] wendet sich Dr. Julius Ofner gegen die von Helm [2] angedeutete, von Unger [3] ausgeführte und auch von mir [4] vertretene Anschauung, dass unter der „wirklichen Uebergabe“ des § 943 bGb. lediglich die Vollendung des Rechtsübergangs zu verstehen sei. Da nun die Darstellung Ofner's der Annahme Raum giebt, als ob die von ihm bekämpfte Lehre ihre gegenwärtige Stellung [5] lediglich der persönlichen Autorität Unger's verdanke, sonstiger Begründung aber entbehre, so mag es mir gestattet sein, der Frage selbst näher zu treten, wobei ich den Nachweis zu erbringen hoffe, dass die Autorität Unger's hier wie anderwärts nur in der sachlichen Richtigkeit seiner Lehre ihren Grund hat und dass bei deren Reception sich Theorie und Praxis auch nur durch die Erkenntnis hievon leiten liessen.

Ofner beruft sich nun gegen diese Anschauung wesentlich auf zwei Momente, den Zweck des Gesetzes und die Materialien desselben.

I. Die herrschende Lehre beruhe auf falscher Methode, indem sie den Schlüssel zur Auslegung des Gesetzes nicht in dessen Zweck erblicke. Der Zweck des § 943 bGb., sowie aller ihm ähnlichen Vorschriften sei zweifellos die Verhütung übereilter Schenkungen; die Vorschrift des § 943 dürfe daher auch nur so aufgefasst werden, damit sie ihren Zweck erreiche. Dies thue die herrschende Auffassung nicht, da die Uebergabe durch Erklärung, die schenkungsweise Cession

---

* Aus der Prager „Juristischen Vierteljahresschrift“.

[1] Oesterreichisches Centralblatt für die juristische Praxis. VI S. 643 u. ff.

[2] Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit. Jahrg. 1828, S. 267 u. ff.

[3] System des österr. allg. Privatrechts II. S. 204 u. ff.

[4] Die Formerfordernisse der Schenkung nach österr. Rechte. S. 33 u. ff.

[5] Zu derselben bekennen sich ausser den bei Ofner genannten auch Hofmann in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart VIII. S. 306; Randa, Eigentumsrecht I. S. 296 u. 297; Krasnopolski in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XXVII. S. 329; Anders in der Deutschen Literaturzeitung V. S. 845, ja selbst Geller in der Einleitung zu seiner Ausgabe des allg. bürg. Gesetzbuches 3. Aufl. S. 97, 106. — Entgegengesetzter Anschauung sind: Schrutka in der Zeitschr. für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit XXVI. (1884) S. 78; Krainz, System des österr. allgem. Privatrechts I. S. 113; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht II. S. 184.

oder der Schulderlass nicht aufhören rein mündlich zu sein und dennoch nicht weniger empfindlich seien als die Hingabe einer Sache in gleichem Werte. In der Methode, welche diesen Gedankengang vernachlässige, in der Auslegungstheorie, welche am Worte hafte, ums Wort sich schlinge, welche nicht begreife, dass das Gesetz einen Zweck erreichen will und von diesem Zwecke aus gedeutet werden müsse, liege Unvernunft.[6]

Ich bin nun gewiss weit davon entfernt, die Bedeutung des Zweckes eines Gesetzes für dessen Auslegung zu unterschätzen, aber ebenso gewiss liegt in der Art und Weise, wie Ofner denselben zur Geltung bringen will, eine Einseitigkeit, vor welcher nicht genug gewarnt werden kann. In seiner „classischen Darstellung"[7] über die Auslegung der Gesetze führt Savigny[8] aus, dass das erste Hilfsmittel der Interpretation in dem inneren Zusammenhange der Gesetzgebung, ein zweites in dem Zusammenhange des Gesetzes mit seinem Grunde, ein drittes endlich in dem inneren Werte des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts zu erblicken sei, dass wo möglich die Unbestimmtheit des Gesetzes zuerst durch den Zusammenhang der Gesetzgebung aufzuheben sei, dass wo dieses Mittel ausreicht, jedes andere als weniger sicher und zugleich als überflüssig ausgeschlossen werden muss und dass die Aufhebung der Unbestimmtheit durch Vergleichung des inneren Werts desjenigen Inhalts, der durch die eine und die andere an sich mögliche Erklärung dem Gesetze zugeschrieben wird, so z. B. wenn das Resultat der einen Erklärung dem vorliegenden Zwecke angemessener ist, als das andere, unter allen Hilfsmitteln der Interpretation das gefährlichste ist, indem dadurch der Ausleger am leichtesten die Grenzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinübergreifen wird.[9]

In der That vernachlässigt Ofner in seiner Darlegung wichtige und dem von ihm betonten mindestens gleichwertige Interpretationsgrundsätze und er übersieht, was er gelegentlich selbst hervorgehoben hat, dass der Gesetzgeber im Gesetze nicht den Zweck, sondern nur das Mittel ausspricht, durch welches er ein Bedürfnis des Volkes befriedigen zu können erwartet[10] und dass es Sache der Auslegung ist, eben das vom Gesetzgeber gewählte und nicht etwa das zur Erreichung des Zweckes am meisten geeignete Mittel zu erkennen. Die herrschende Anschauung dagegen hält sich von jeder Einseitigkeit, u. z. sowohl jener, das Gesetz ihrer Auffassung zu unterordnen, als auch der, die ratio legis unbeachtet zu lassen, meinem Dafürhalten nach durchaus fern. Denn der in § 943 bGb. verfolgte Zweck, „den Verdacht der Uebereilung oder einer rechtswidrigen Verleitung auszuschliessen", kann ausser durch solenne Vertragsschliessung nicht nur durch corporalis traditio der geschenkten Sache,

[6] Ofner, a. a. O. 643, 645.
[7] Pfaff und Hofmann, Commentar zum österr. allgem. bürg. Gesetzbuche. I. S. 167, N. *.
[8] System des heutigen Römischen Rechts I. S. 206—330.

sondern gewiss auch dadurch erreicht werden, dass der Geschenkgeber sich sofort und unmittelbar des geschenkten Objects entäussert, also den demselben entsprechenden Uebertragungsact vornimmt. Welche dieser beiden möglichen Auffassungen, von denen gerade die erste am Worte haftet, die richtige ist, welches Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks der Gesetzgeber gewählt hat, dies zu erkunden, ist Sache der Auslegung, die nun freilich, ohne sich dem Vorwurfe einer petitio principii auszusetzen, nicht auf eine Berufung der ratio legis sich beschränken darf.

Dass aber von den beiden oben als an sich möglich charakterisierten Auffassungen nur die zweite von Unger begründete als die unseres Rechts angesehen werden kann, dass also für die Schenkung nur dann, wenn die Uebertragung des Gegenstands der Schenkung nicht sofort bei Abschluss des Vertrags stattfindet, sondern wenn zwischen dem Abschlusse und der Erfüllung der Schenkung ein zeitlicher Zwischenraum inneliegt, somit nur für das Schenkungsversprechen das Erfordernis einer schriftlichen Urkunde bez. der Errichtung in einem Notariatsacte besteht, dafür hat die herrschende Lehre den Beweis erbracht, an dessen Gelingen umsoweniger gezweifelt werden kann, als er nach dem Zeugnisse von Ofner selbst auch unserer Praxis[11] als überzeugend erschien, der das jurare in verba magistri wohl nicht zum Vorwurfe gemacht werden kann. Diese Beweisführung geht im wesentlichen dahin, dass § 943 bGb. bei der Schenkung ohne wirkliche Uebergabe die Schriftlichkeit lediglich zur Begründung des Klagerechts erfordere, dass dieses Erfordernis also dort nicht bestehe, wo der Donatar, weil die Schenkung durch unmittelbare Hingabe donandi causa vor sich geht, eine Klage nicht braucht und auch nicht hat; dass ferner § 943 bGb. in Parallele zu § 938 bGb. aufgefasst werden müsse, in welch' letzterem unter der „Sache“ sowohl res corporales als auch res incorporales zu begreifen seien, so dass die „wirkliche Uebergabe des § 943 bGb. auch auf res incorporales zu beziehen sei. Es erhellt ferner aus dem Sprachgebrauche des bGb. und aus der Provenienz der Worte: „wirkliche Uebergabe“ dass dieselben nur ein eindringlicher Ausdruck für „Uebergabe“ schlechtweg sind und es lässt sich in unserem Gesetzbuche eine Reihe von Bestimmungen nachweisen, in welchem die Uebergabe in Gegensatz lediglich zum Versprechen gesetzt wird, so dass unter sie zweifellos Cession und Schulderlass, selbstverständlich auch die Tradition in allen ihren Formen fallen.[12]

Dass diese Argumente, denen gegenüber die Berufung auf den Zweck des Gesetzes denn doch zurücktreten muss, von Ofner einer

[9] A. a. O. S. 223 bis 229.

[10] Ofner, Zur inductiven Methode im Recht S. 8.

[11] Vgl. ausser der von Ofner angeführten auf den schenkungsweisen Schulderlass bezüglichen Entscheidung vom 8. August 1872 SpR. 15 auch noch die Entscheidungen bei Glaser-Unger Nr. 9008 (schenkungsweise Cession) und Nr. 10475 (Uebergabe durch Erklärung).

[12] Vgl. meine oben angeführte Schrift S. 39—49.

Widerlegung, ja auch nur der Erwähnung nicht mit einem Worte gewürdigt werden, vermag deren Gewicht wie selbstverständlich nicht zu verringern.

II. Nicht glücklicher ist Ofner mit der Heranziehung der Materialien zu § 943 bGb. Schon die Vergleichung dieses Paragraphen mit III. 2. § 59 wgGb.[13] musste jegliche Erwartung aus den Beratungsprotokollen zum bGb. Aufschluss über die Bedeutung der „wirklichen Uebergabe“ zu gewinnnen, von vorneherein als vergeblich erscheinen lassen; und in der That bieten dieselben[14] neben der gewiss nicht überraschenden Auskunft darüber, dass die erwähnte Bestimmung die Verhinderung übereilter Schenkungen beziele, nur noch die Bestätigung der schon früher von mir[15] ausgesprochenen Vermutung, dass unter dem Ausdrucke „Sache“ in § 938 bGb. auch Rechte inbegriffen seien und verstärken sohin nur ein von mir für die von mir vertretene Anschauung geltend gemachtes Argument.

Aber Ofner verweist auch auf das preussische Recht[16] als die Vorlage des westgal. Gesetzbuches und mithin die Quelle des § 943 bGb. Indessen habe ich bereits darauf aufmerksam gemacht,[17] dass wenn man in III. 2. § 59 wgGb. eine bewusste Anlehnung an den Wortlaut vom ALR. I. 11. § 1068 erblicken will, die Eliminierung des Relativsatzes („wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und den Gewahrsam des Beschenkten gelangt“) und die Ersetzung des Wortes „Naturalübergabe“ durch „Uebergabe“ schlechtweg die Annahme, dass auch unter der Uebergabe in III 2. § 59 wgGb. eine Naturalübergabe zu verstehen sei, zum mindesten nicht bestätigt, sowie dass dieses Moment gegenüber den oben angeführten Gründen für die Unger'sche Auffassung der wirklichen Uebergabe gewiss von untergeordneter Bedeutung wäre und ich kann noch hinzufügen, dass das allgem. Landrecht in I. 11. § 1063 das allgemeine Erfordernis der gerichtlichen Abschliessung von Schenkungsverträgen aufstellt, während unserem Rechte die Schriftlichkeit als solche allgemeine Regel nicht bekannt ist. Allein von all dem ganz abgesehen, muss ich denn doch hervorheben, dass Ofner viel näher liegende Quellen unseres Rechts gänzlich unbeachtet lässt. So schon vor allem die bereits von mir[18] angeführten III. 2. §§ 50 und 51 wgbGb., wo unter „Uebergabe“ gewiss die Erfüllung und unter

---

[13] „Aus einem blos mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage unter Lebendigen erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht. Dieses Recht muss, um den Verdacht der Uebereilung oder einer rechtswidrigen Verleitung auszuschliessen, immer durch eine schriftliche Urkunde begründet werden.“ Nahezu wörtlich lautet auch III. 2. § 11 im Entwurfe Martinis. Vgl. Harrasowsky, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V. S. 166.

[14] Vgl. Ofner, Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches II. S. 23 u. ff., S. 562.

[15] A. a. O. S. 40, 41.

[16] ALR. I. 11. § 1068. „Doch gelten obige Vorschriften (§ 1066, 1067) nur alsdann, wenn eine wirkliche Naturalübergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und den Gewahrsam des Beschenkten gelangt, erfolgt ist.“

[17] A. a. O. S. 49.

[18] A. a. O. S. 45.

„Schenkung ohne Uebergabe“ nur das Schenkungsversprechen verstanden wird, dann aber den Codex Theresianus, in welchem wiederholt (I. 3. Num. 193, 201, 202; II. 7. Num. 1, 2, 13, 61, 137, 152) die Schenkung mit Uebergabe jener durch Zusage entgegengesetzt wird, so dass unter der ersteren die unmittelbar vollzogene Schenkung begriffen ist, wo aber auch gleichfalls zu wiederholtenmalen (II. 7. Num. 14, 51, 116, 119, 156) sich bereits die wirkliche Uebergabe (wirkliche Uebergebung, wirkliche Ueberlieferung) u. z. in einem Sinne findet, welcher nur die von mir vertretene Auffassung dieses Ausdrucks zulässt und nicht anders ist die Uebergabe im Entwurfe Horten's zu verstehen (III. 3. §§ 3, 4, 16, 17, 18, 19, 20).

Die Differenz in den verschiedenen Auffassungen des § 943 bGb. tritt bekanntlich praktisch insbesondere in drei Fälllen hervor: bei jener Sachschenkung, die durch constitutum possessorium vollzogen werden will, bei der donandi causa erfolgenden Cession und bei dem schenkungsweisen Schulderlasse. Es ist nur selbstverständlich, dass Ofner in seiner Darstellung sich auf die Behandlung dieser Fälle beschränkt, es ist aber nötig, dass ich ihm auf das Gebiet dieser Einzelausführungen folge.

1. Belangend nun zunächst die Uebergabe durch Erklärung so wird von Ofner darauf verwiesen, dass im westgal. Gesetzbuche das constitutum possessorium als ein Fall des Eigentumsübergangs ohne Uebergabe bezeichnet werde. Allein davon ganz abgesehen, dass in II. 6. § 164 wgGb [19] die Erklärung nur der körperlichen Uebergabe von Hand zu Hand gegenüber gestellt wird und dass sie gewiss eine rechtliche Uebergabe und Uebernahme im Sinne von II. 6. § 159 wgGb. ist, wäre diese behauptete Bezeichnung für das Gebiet des geltenden Rechts schon darum durchaus bedeutungslos, weil das constitutum possessorium im Contexte des § 428 bGb. und in der Mariginalrubrik desselben ausdrücklich für eine Art der Uebergabe erklärt wird. Auch die Berufung Ofner's auf II. 6. § 166 wgGb.[20] ist nicht beweiskräftig. Vor allem lässt sich daraus, dass im Falle einer Collision zwischen der körperlichen Tradition und einer anderen Art der Uebergabe, der ersteren überwiegende Bedeutung beigelegt wird, mit Grund nicht folgern, dass nicht auch die andere eine wirkliche Uebergabe sei; dann aber ist für uns nicht mehr II. 6. § 166 wgGb., sondern der wesentlich anders lautende § 430 bGb. maassgebend, der es auf die Priorität der Uebergabe schlechtweg ankommen lässt. Diesbezüglich hat nun

---

[19] „Bewegliche Sachen können auf zweierlei Art veräussert werden, nemlich durch körperliche Uebergabe von Hand zu Hand oder ohne diese durch die Erklärung des Uebergebers, dass er eine Sache nur im Namen des Uebernehmers behalten wolle; durch diese Erklärung gelangt der Uebernehmer zum Eigentum der Sache, welche in des vorigen Eigentümers Gewahrsam verbleibt.“

[20] „Hat ein Eigentümer die nemliche bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, an eine mit, an die andere ohne Uebergabe veräussert, so bleibt sie dem wirklichen Inhaber.“



bereits Exner[21] ausgesprochen, dass die Art der Uebergabe keinen Vorzug begründe, so dass, wenn der Eigentümer die Sache zuerst dem A symbolisch, dann aber dem B corporaliter tradiert, der A deren Eigentümer wird,[22] und diese Anschauung wird durch die Codificationsgeschichte des § 430 bGb. vollinhaltlich bestätigt, indem sich daraus ergiebt, dass die Aenderung der Fassung von II. 6. § 166 wgGb direct zu dem Ende erfolgte, um die symbolische der körperlichen Uebergabe gleichzustellen.[23]

Die Anschauung Ofner's lässt aber auch noch einen weiteren Umstand unbeachtet. Die Frage, ob dann, wenn eine geschenkte Sache durch Erklärung nach § 428 bGb. übergeben wird, der Donatar das Eigentum daran erwirbt, ist gewiss zu bejahen, zumal für die Wirksamkeit des Eigentumsübergangs das Vorliegen einer causa im subjectiven Sinne genügt.[24] Ist der Beschenkte aber Eigentümer geworden, dann noch den Thatbestand der wirklichen Uebergabe zu leugnen, ist grundlos. Ich habe bereits hervorgehoben, dass der Donatar die Sache nunmehr ja mit der reivindicatio und nicht etwa mit einer Klage aus dem Schenkungsversprechen auf dessen Erfüllung an sich zieht, dass dieser Klage daher der § 943 bGb. in keiner Weise entgegensteht.[25] Dawider fragt nun aber Geller,[26] wie diese reivindicatio substanziert werden soll, wenn nicht durch die Schenkung? Gewiss mit durch die Schenkung, aber dies nicht mehr, als wie jeder Vindicant sein Eigentum im Bestreitungsfalle durch Darthuung von Titel und rechtlicher Erwerbungsart nachweisen muss (§§ 369, 372 bGb.). Auch wenn eine körperliche Tradition stattgefunden hat und die Sache nochmals wieder in den Besitz des Geschenkgebers oder eines Dritten gelangt, muss der Eigentümer seine Vindication mit durch die Schenkung substanzieren, ohne dass die Zulässigkeit seiner Klage irgend welchem gegründetem Bedenken begegnen wird. Hiezu kommt noch, dass wenn für die Wirksamkeit des Eigentumsübergangs durch constitutum possessorium ein sog. Detentionsgrund erfordert wird, der Beschenkte auch noch die Klage aus dem diesen Detentionsgrund bildenden obligatorischen

---

21 Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. S. 290.

22 Gleiches muss nach der Stellung des § 430 bGb. auch von der Uebergabe durch Erklärung gelten.

23 Ofner, Berathungsprotokolle I. S. 280.

24 Vgl. Randa, Eigentumsrecht I. S. 268 u. ff. und die S. 273 N. 57 Angeführten. Für das preussische Recht vgl. Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht 4. Aufl. III. S. 264. Dagegen Dernburg, Preuss. Privatrecht 2. Aufl. I. S. 548.

25 A. a. O. S. 40.

26 Im Oesterr. Centralblatt für die juristische Praxis III S. 342, N. 27 wieder abgedruckt in einem Anhange zu dem oben S. 164 N. 1 genannten Aufsatze Ofner's a. a. O. S. 651. Was Geller dort (S. 341) gegen die Eignung des constitutum possessorium zur Begründung des Faustpfandrechts und zur Realisierung der Uebergabe im Sinne von ALR. I. 11. § 1068 sagt, ist darum unzutreffend, weil in diesen Fällen nicht etwa eine Einschränkung der Traditionswirkung des constitutum possessorium vorliegt, sondern das positive Recht eben mehr als eine Tradition, sondern direct die Erwerbung der Gewahrsam auf Seite des Empfängers erfordert.

Rechtsverhältnisse (Depositum, Leihe, Bestandvertrag u. a.) hat, welche Klage eine Beziehung auf die Schenkung nicht enthält und gegen die eine Einwendung des früheren Eigentumsrechts gemäss § 1109 bGb. nicht zusteht.

2. Bei der Schenkung durch constitutum possessorium konnte Ofner seine Anschauung allerdings noch auf die Behauptung gründen, dass die wirkliche Uebergabe des § 943 bGb. eine corporalis traditio sei. Sowie man sich aber der Betrachtung der schenkungsweisen Cession zuwendet, fällt es sofort auf, dass Ofner diese Bedeutung verlässt und die wirkliche Uebergabe in der schriftlichen Ausfertigung der Cession und der Denunciation des debitor cessus erblickt. Nun aber ist doch nicht zu bezweifeln: entweder es ist „wirkliche Uebergabe" gleichbedeutend mit körperlicher Uebergabe, dann bedarf die schenkungsweise Cession, da hiebei eine körperliche Uebergabe nicht möglich ist,[27] ausnahmslos der Beachtung der Förmlichkeit; oder aber „wirkliche Uebergabe" ist nicht körperliche Tradition, sondern gänzliche Vollziehung der Schenkung, dann ist sie es auch nicht bei der Sachschenkung, wenn bei letzterer eine Vollziehung ohne Uebergabe von Hand zu Hand möglich ist. Vom Standpunkte dieser letzteren Auffassung aus besteht aber für die Cession als Uebertragungsact, darum weil dieser Act donandi causa vorgenommen wird, ein besonderes Formerfordernis nicht und es kommt lediglich darauf an, was man als zum Thatbestande einer wirksamen Cession erforderlich ansieht.[28] Wer zur Wirksamkeit der unentgeltlichen Cession den Vertrag genügen lässt und schriftliche Ausfertigung der Cession und Denunciation oder Uebergabe der Schuldurkunde über die abgetretene Forderung nicht für notwendig erachtet, der muss dies von der dargelegten Grundanschauung aus auch als für die unentgeltliche Cession genügend ansehen; wer aber der entgegengesetzten Auffassung huldigt, der muss für die Cession donandi causa immer die Errichtung eines Notariatsacts fordern[29] und darf sich keineswegs wie Ofner mit der schriftlichen Cession und Verständigung des Schuldners als einer „thatsächlichen Perfection des Verhältnisses" genügen lassen. Die Berufung auf das preussische Recht beruht in diesem Falle, soweit sie überhaupt zutrifft, auf einseitiger Beachtung lediglich von ALR. I. 11. §§ 1063 u. ff. Denn für das preussische Recht wird, da auch dort durch die gerichtliche Form nur das Schenkungsversprechen hat getroffen werden sollen, während die ausgeführte Schenkung nicht unter jene Vorschrift fällt,[30] daran festzuhalten sein, dass die schenkungsweise

[27] Von der schenkungsweisen Uebertragung von Inhaberpapieren ist hier natürlich abzusehen, vgl. darüber meine oben citierte Schrift, S. 122 u. 123 und nun auch Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht II. S. 184 N. 70.

[28] Auf diese Frage hier wieder einzugehen, habe ich umsoweniger Veranlassung, als Ofner derselben in keiner Weise Rede gestanden ist.

[29] So consequent Krainz, System des österr. allgem. Privatrechts I. S. 113 und Hasenöhrl II. S. 184.

[30] Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht II. S. 22. Dernburg, Preuss. Privatrecht II. S. 419.

Cession nicht der gerichtlichen Form bedarf, „weil die Abtretungshandlung selbst der Uebergabe körperlicher Sachen analog, die Schenkung sofort vollzieht, nicht erst eine Erfüllung für die Zukunft verheisst, weil sie nicht eine obligare, sondern ein dare ist.“ [31] Dass bei verbrieften Forderungen und bei Forderungen von über 50 Thalern die Aufnahme einer schriftlichen Cessionsurkunde geboten ist, ist richtig, gilt aber gleichmässig ob die Abtretung gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgt [32]

3. Von dem schenkungsweisen Schulderlasse gilt gleiches, wie von der Abtretung einer Forderung donandi causa. Darum besteht auch bei ihm nur die rechtliche Möglichkeit, entweder dem formfreien Erlass ohne Rücksichtnahme auf seinen Rechtsgrund befreiende Wirkung beizulegen oder für ihn, wenn er unentgeltlich geschieht, notarielle Begründung zu erfordern: eine privaturkundliche Erlassbestätigung, wie sie Ofner verlangt, ist nach heutigem Rechte entweder nicht erforderlich oder nicht genügend. Dass nun aber für den Bereich des § 943 bGb. der schenkungsweise Schulderlass schriftlicher Begründung nicht bedurfte, sollte im Ernste gar nicht bestritten werden und wie mir scheint, sollte auch daran nicht zweifeln, dass das Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) die Aufnahme eines Notariatsacts über den Schenkungsvertrag nur da verordnet, wo nach § 943 bGb. die Errichtung einer schriftlichen Urkunde geboten war.

Sohin scheint mir die Lehre, dass lediglich das Schenkungsversprechen und keineswegs jene Schenkung notarieller Begründung bedarf, welche nur causa dandi oder liberandi ist,[33] durch den Angriff Ofner's nicht erschüttert.[34]

---

[31] Förster-Eccius a. a. O. S. 23. Dernburg a. a. O. S. 419. N. 12.

[32] ALR. I. 11. § 394; I. 5. § 131. Dernburg II. S. 188; I. S. 194 u. ff. Ueber die Erfordernisse der Cession nach preuss. Rechte vgl. überhaupt Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. B. IV. S. 225.

[33] Von Interesse ist es, dass auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (§§ 440 und 441) auf demselben Standpunkte steht: Die Beobachtung gerichtlicher und notarieller Errichtungsform wird nur für das Schenkungsversprechen erfordert, während die durch Veräusserung vollzogene Schenkung auch ohne Beobachtung einer besonderen Form giltig sein soll. Die Motive (II. S. 294) führen aus, dass jene Gründe, welche bei dem Schenkungsversprechen für Aufstellung des Formzwangs maassgebend sind, für die durch Veräusserung vollzogene Schenkung nicht zutreffen und sie heben insbesondere hervor, dass die Schenkung einer Forderung durch die mündliche Abtretung, jene mittels Erlasses durch mündlichen Abschluss des Erlassvertrags erfolge und dass kein Bedürfnis bestehe, die Tradition mittels des constitutum possessorium für ungenügend zu erklären.

[34] Wäre es auch wirklich nur die persönliche Autorität Unger's gewesen, welche seiner Anschauung zur Anerkennung verhalf, so darf doch nicht übersehen werden, dass diese Anerkennung bei der Berathung des Gesetzes vom 25. Juli 1871 Z. 76 RGB. bereits eine vollendete war und dass das Formerfordernis dieses Gesetzes, wie der Bericht der Civilprocesscommission des Herrenhauses und wiederholte Aeusserungen in der Debatte, darunter auch eine des Justizministers beweisen (vgl. Kaserer, Das Gesetz vom 25. Juli 1871 über das Erfordernis notarieller Errichtung einiger Rechtsgeschäfte mit Materialien herausgegeben S. 79, 115, 116, 120, 124, 127) nur auf das Schenkungsversprechen bezogen worden ist.

Ich kann aber nicht schliessen, ohne noch eine Bemerkung beizufügen, zu der mich Ofner's Darlegungen veranlassen. Ofner hat sich durch die Herausgabe der Beratungsprotokolle zum bGb. den aufrichtigen Dank aller jener erworben, die sich mit dem österreichischen Privatrechte wissenschaftlich beschäftigen. Die Bedeutung dieser Materialien für die richtige Auffassung des Gesetzbuchs darf nicht unterschätzt, sie darf aber auch nicht überschätzt werden und es ist in ihnen nicht eine Panacée für alle Zweifel auf dem Gebiete unseres Civilrechts zu erblicken. Gegen die Art ihrer Verwertung, wie sie Ofner in der Vorrede zu den Protokollen theoretisch vertritt und in der hier bekämpften Abhandlung praktisch ausführt, eine Methode, die, um mit Celsus zu sprechen, nur als eine incivili bezeichnet werden kann, muss darum im Interesse der Sache selbst dringend Einspruch erhoben werden, damit nicht auch hier Vernunft Unsinn, Wohlthat Plage werde.

Noch ein Wort über die wirkliche Uebergabe bei der Schenkung.

Von Dr. Leo Geller.

Nichts illustriert die Unhaltbarkeit der an dem Traditionsdogma festhaltenden Lehre besser, als der Streit über die „wirkliche Uebergabe“, ohne welche der § 943 bGb. die mündliche Schenkung für unklagbar und das Gesetz vom 25. Juli 1871 (RGB. 76) sie für ungiltig erklärt.

Die Erkenntnis des Widerspruchs zwischen den Forderungen der Traditionslehre und den Erscheinungen des Verkehrs hat zuerst das constitutum possessorium geboren, welches das Traditionsdogma im Wesen opfert, indem es dessen Schein rettet. Als dann die Romanisten die Gefahr merkten, welche aus dem constitutum possessorium dem auf dem Traditionsdogma aufgebauten Sachenrechte, oder genauer, nicht dem Sachenrechte, sondern der romanistischen Doctrin vom Sachenrechte drohte, da beeilten sie sich, zwar nicht das constitutum possessorium abzuschaffen, — das konnten sie nicht — aber dasselbe auf eine Besitzstellvertretung zurückzuführen und dafür nebst der mutatio animi noch eine causa specialis, den sog. besonderen Detentionsgrund zu fordern. Dabei übersahen sie freilich, einmal dass sie sich dadurch mit ihrer eigenen Lehre von dem abstracten Traditionsvertrage oder dem „dinglichen Vertrage“ ohne causalgeschäftlichen Hintergrund in Widerspruch setzten, sodann dass mit jedem Veräusserungsgeschäfte, bei welchem Abschluss und Erfüllung zeitlich auseinander liegen, nicht nur eine mutatio animi auf Seite der Veräusserers rücksichtlich des Gegenstands der Veräusserung,

sondern zugleich auch der für das constitutum possessorium geforperte besondere Detentionsgrund gegeben ist.[1]

Indessen, damit sind die Verlegenheiten lange nicht erschöpft, in welche die herrschende Lehre gerathen ist. Nehmen wir sie beim Wort, dass zu jedem Rechtserwerb Tradition notwendig, aber auch hinreichend sei und dass das constitutum possessorium nichts anders als wahre Tradition sei, so muss das constitutum possessorium doch auch den Erwerb des Faustpfandrechts, sowie den Erwerb des Gegenstands einer mündlichen Schenkung ermöglichen. Vor der ersten Consequenz schrickt sie jedoch vorläufig noch zurück. Mit der letzteren hat sie sich bereits abgefunden.

Aber offenbar auf Kosten des Gesetzes.

Mit der Formulierung zwar, dass die mündliche Schenkung als bereits erfüllt anzusehen ist, sobald sich der Geschenkgeber sofort und unmittelbar „des geschenkten Objects entäussert“ hat, scheint sie sich auf den Boden des Gesetzes zu stellen. Die Täuschung wird indessen offenbar, sobald man nur dem Begriff der „Entäusserung“ näher tritt. Diesen Begriff hat die Doctrin eigens erfunden, um den Widerspruch zwischen dem Traditionsdogma und dem römischen Rechtssatze von der Tragung der Gefahr durch den Käufer zu verdecken. Dass dieser Rechtssatz das Traditionsdogma zu Schanden macht, musste auch dem blödesten Auge einleuchten. Aber das Dogma durfte nun einmal nicht geopfert werden, und so opferte man lieber den Intellect, indem man lehrte, „dass die Verkaufserklärung eine Entäusserungserklärung“ sei, d. h. „dass ihr Inhalt nicht sowohl der sei, dass der Verkäufer sich verpflichte, die verkaufte Sache hinzugeben, als vielmehr der, dass er sie hingebe“.[2] Wobei man nur wieder übersah, dass dieses logische Salto mortale, weit entfernt davon, das Truditionsdogma zu retten, vielmehr dasselbe mitsammt dem Stützpfeiler des constitutum possessorium gänzlich in die Luft sprengt. Denn wird eine Entäusserung schon durch die Verkaufserklärung bewirkt, und liegt in dieser nicht sowohl eine Verpflichtung zur Hingabe, als vielmehr die Hingabe selbst, so ist die Lehre von der Tradition und dem constitutum possessorium nichts als eitel Selbstfopperei.

Begnügt sich nun die herrschende Lehre mit einer Entäusserung im Sinne dieser Entäusserungstheorie, oder auch mit der künstlichen Entäusserung vermittelst des constitutum possessorium, um den Schenkungsvertrag als erfüllt oder um den Gegenstand der

---

[1] Vgl. Geller Das constitutum possessorium, in dieser Zeitschr. Bd. III. S. 326 ff. und jetzt auch Cosack Das Sachenrecht im Entw. eines bürg. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich (Berlin 1889) S. 22 fg.: „Wenn man das Constitut richtig auffasst, so bedarf es keiner besonderen Erklärung, sondern ist überall selbstverständlich, wo der Inhaber der Sache dieselbe übereignen zu wollen erklärt; ist ein Constitut ausnahmsweise nicht gewollt, so folgt daraus nur, dass auch die Uebereignung nicht ernsthaft gewollt ist . . .“

[2] S. Windscheid, Pandektenrecht (6. Aufl.) II. S. 247 ff. und die daselbst Note 19a angeführten Schriftsteller, dagegen Bechmann Der Kauf II. S. 104 ff. und Puntschart Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 16 ff.

Schenkung als übergeben anzusehen, so opfert sie offenbar ihrer Theorie das Gesetz. Denn dass das Gesetz unter „wirklicher Uebergabe“ nur eine thatsächliche Uebergabe, eine Uebertragung aus dem Machtbereich des Einen in den des Andern, nicht eine fictive Uebergabe, eine Uebertragung aus der Rechtssphäre des Einen in die des Andern versteht, erklärt es deutlich genug vor allem schon durch das Attribut „wirklich“, welches sowohl nach dem gemeinen Sprachgebrauch als insbesondere nach der Terminologie des Gesetzbuchs — das die „körperliche Uebergabe“ der „Uebergabe durch Zeichen“ und „durch Erklärung“ gegenüberstellt (§§ 426, 428, 451, 452) — die körperliche oder reale Uebergabe oder die Uebergabe von Hand zu Hand im Gegensatze zu der idealen oder verbalen Uebergabe, d. i. zur Uebergabe durch Erklärung oder zum constitutum possessorium bezeichnet.

Mehr aber noch als der Wortlaut sind es der Gedanke und der Zweck des Gesetzes, welche die Auffassung des constitutum possessorium als „wirkliche Uebergabe“ im Sinne des § 943 schlechterdings ausschliessen, wie das schon in dieser Zeitschrift Bd. III S. 341 ff. und Bd. VI S. 643 ff. dargethan wurde. Man sollte doch einmal aufhören, sich darüber zu täuschen, dass das, was man constitutum possessorium nennt, schon mit jedem Veräusserungsgeschäfte an sich gegeben ist. Liegt aber schon in der Schenkungserklärung zugleich die Erklärung, dass der Schenker die Sache fortan nur zeitweilig, nur zum Niessbrauche behalten und im Namen des Donatars innehaben wolle, so heisst es sich einfach über das Gesetz hinwegsetzen, wenn man das constitutum possessorium für genügend erklärt, um den mündlichen Schenkungsvertrag giltig und klagbar zu machen.

Die Argumentation Frankl's (oben S. 156) bewegt sich in einem falschen Kreise. Frankl geht von der Annahme aus, dass das constitutum possessorium den Donatar zum Eigentümer mache, und gelangt sofort zu dem Schlusse, es sei grundlos, „dann noch den Thatbestand der wirklichen Uebergabe zu leugnen“. Aber jene Annahme ist eben eine falsche. Die Richtigkeit der Lehre von dem abstracten Traditionsvertrage, auf die Frankl hier anspielt, kann hier dahingestellt bleiben. Sicher ist das eine, dass das Gesetz, indem es die Klagbarkeit bez. die Giltigkeit des ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrags von der schriftlichen bez. notariellen Errichtungsform abhängig macht, für den Eigentumsübergang aus dem Titel der mündlichen Schenkung eben mehr als eine blosse Erklärung, dass es hiefür den thatsächlichen Besitzwechsel fordert. Es ist darum auch nicht richtig, dass der Donatar aus dem mündlichen Schenkungsvertrage mit constitutum possessorium die Sache mit der reivindicatio in Anspruch nehmen kann. Abgesehen davon, dass die in dem mündlichen Schenkungsvertrage enthaltene oder demselben beigefügte Erklärung den Eigentumsübergang nicht zu bewirken vermag, so ist es überhaupt eine Selbsttäuschung, wenn man die Klage des Erwerbers gegen den Ver-

äusserer auf Herausgabe der Sache als reivindicatio auffasst. Die Klage geht hier, da der Kläger sein Recht aus einem mit dem Geklagten geschlossenen Geschäfte ableitet, in der Contractsklage auf. Versagt nun das Gesetz diesem Geschäft die Klagbarkeit oder die Giltigkeit, so ist eine Klage aus demselben überhaupt unstatthaft. Die reivindicatio kann daher gegen den Geschenkgeber aus einem mündlichen Schenkungsvertrage sowenig angestellt werden, als gegen den verlierenden Partner aus einem Spiele oder einer Wette mit constitutum possessorium. Wenn aber Frankl meint, dass der Donatar aus dem zum constitutum possessorium erforderlichen sog. Detentionsgrunde klagen könne, so übersieht er, dass eine Klage auf Rückgabe ohne Hingabe nicht denkbar ist.[3]

Wir sind also durch die Ausführungen Frankl's keineswegs überzeugt worden und müssen nach wie vor an der Ansicht festhalten, die in dem Wortlaut, in der ratio und in dem Zweck des Gesetzes begründet erscheint.[4] [5]

---

[3] Vgl. diese Zeitschr. Bd. III. S. 341 ff.

[4] Die Angabe Frankl's (oben S. 151, Note 5), dass ich der von ihm verfochtenen Ansicht in der Einleitung zu meiner Ausgabe des allg. bürg. Gesetzbuchs, 3. Aufl., S. 97, 106 beigetreten sei, beruht auf einem Missverständnis. Es ist dort nur die Rede von den gesetzlichen Formerfordernissen für das Schenkungsversprechen. Die hier discutierte Streitfrage ist mit keinem Worte berührt.

[5] Auch die oberstgerichtliche Rechtsprechung, auf welche sich Frankl (S. 153, Note 11) beruft, steht nicht auf seinem Standpunkte. Die E. bei G.-U. Nr. 10475 meint unter der „Uebergabe durch Erklärung" nicht das constitutum possessorium, sondern die traditio brevi manu. S. dagegen die EE. in dieser Zeitschr. Bd. I. Nr. 467 und Bd. V. Nr. 8.

Interessante Rechtsfälle.

Von Dr. J. Ofner.

II. Ein Fall der condictio indebiti.

(l. 38 pr. D. 12, 6.)

Das Peculiarrecht ist uns fremd, obzwar es auch heute analoge Rechtsverhältnisse gibt. So z. B. stehen die Zweigniederlassungen einer Firma sowohl mit der Hauptniederlassung, als unter einander in Verrechnung, haben intern (rechnungsmässig) Guthabungen und Schulden aneinander, können auch selbständig belangt werden (§ 26 JN.), obzwar in Wirklichkeit nur Ein Vermögen besteht. Sind die Zweigniederlassungen in anderen Staaten, so können sie sogar allein in Concurs verfallen. Eine noch grössere juristische Entfremdung besteht zwischen den Staatscassen, bei welchen der Schuldner seine Forderung gegen eine andere Staatscasse nicht in Abrechnung bringen darf (§ 1441 bGb.).

Das römisch-rechtliche Peculium ist ein von dem allgemeinen Vermögen des Hausvaters getrenntes Sondervermögen, welches vom Haussohne (oder Sclaven) verwaltet und benützt wird. Es ist dem Haussohne nur auf Widerruf und jedenfalls nur für Lebzeiten des Hausvaters gegeben. Stirbt der Letztere, ohne es dem Haussohne prälegiert zu haben, so fällt es in die Erbschaftsmasse.

Eine Besonderheit besteht aber für Peculiarschulden.

Dem Peculiargläubiger haftet zunächst das Peculium oder, processual ausgedrückt, der Hausvater, soweit das Peculium reicht (dumtaxat de peculio); in zweiter Linie haftet ihm der Haussohn selbst naturaliter ohne alle Beschränkung. Wenn also das Peculium passiv ist, so haftet der Haussohn allein naturaliter für das Uebermaass der Schuld.

Diese Eigentümlichkeit hat in 38 D. pr. D. 12, 6 eine Entscheidung African's veranlasst, welche zu den scharfsinnigsten in den Digesten gehört, und deren Misverständnis bis zur neuesten Zeit mir geradezu unerklärlich ist.

Von zwei Brüdern, welche Beide Peculien besitzen, hat der eine dem anderen ein Darlehen gegeben. Dann stirbt der gemeinsame Hausvater und wird von den Brüdern beerbt. Nach dem Tode zahlt der Darlehensnehmer den Betrag, erfährt aber dann, dass die Rechtslage durch den Tod des Hausvaters geändert worden sei, und fragt bei Africanus an, ob er den Betrag zurückfordern könne.

Vergegenwärtigen wir uns, bevor wir die Antwort hören, die Sachlage.

Wir nehmen den einfachsten Fall an: Die Brüder erben allein und je zur Hälfte. Durch den Tod des Hausvaters sind beide Peculien in die Erbschaftsmasse gefallen. Jeder der Brüder erhält

also die Hälfte jedes der Peculien, somit einerseits die Hälfte der Forderung, anderseits die Hälfte der Schuld dumtaxat de peculio (beziehungsweise de sua parte peculii).

Der bisherige Schuldner ist also zur Hälfte sein eigener Gläubiger geworden; zur anderen Hälfte haftet der Bruder (der bisherige Gläubiger) in erster Reihe, soweit der von ihm erhaltene Antheil des Peculiums reicht.

So entscheidet denn auch Africanus. „Der Zahler," erklärt er, „könne den Betrag in jenem Theil, zu welchem er selbst Erbe des Vaters geworden sei, jedenfalls zurückfordern; in jenem, zu welchem der Bruder Erbe wurde, unter der Beschränkung: wenn nicht weniger (als dieser Theil der Schuld betrug) aus dem Peculium des Schuldners an den Gläubiger gelangt sei."

Er begründet dann den zweiten Theil seiner Entscheidung durch Vergleichung mit der Rechtslage, wenn ein fremder Peculiargläubiger seine Forderung eingetrieben hätte. Der Zahler müsste dann von den Miterben mit der actio familiae erciscundae soviel erlangen, als der Gläubiger selbst mit der actio de peculio erlangt hätte. „Was aber vom Fremden gelte," schliesst der Jurist „müsse umsomehr bei einer Forderung des Bruders gelten."

Die Stelle, welche z. B. von v. d. Pfordten gänzlich misverstanden wurde, ist in ihrer Gesammtanlage von E. J. Bekker (Actionen des röm. R. II Beil. U.) richtig erfasst. Desto seltsamer ist es, dass er die Haftung des Hausvaters dumtaxat de peculio verkennt und daher das non minus für rein quotativ hält. Bekker sagt: „Fragt sich, wie das Peculium des Schuldners unter die Brüder vertheilt ist: wenn zu gleichen Theilen, wie die Forderung, so tritt auf beiden Seiten Confusion ein, weil jeder zu demselben Theile forderungsberechtigt ist, zu welchem er für die verpflichtete Sache aufzukommen hat. Daher die Condictionsfrage consequent dahin entschieden wird: pro ea vero qua frater (qui credidit) heres exstiterit ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset, weil unter dieser Voraussetzung die Verpflichtungsquote des creditgebenden Bruders seiner Berechtigungsquote gleichkommt. Wäre dagegen das ganze Peculium dem frater debitor prälegiert, so wäre filius creditor berechtigt, einen entsprechenden Abzug von demselben zu machen. Der Schlussatz ist dunkel; worin soll der Abzug bestehen?"

Auch bei dem Schlussatz misversteht Bekker den Juristen. Es gehört zur Erklärung seiner Entscheidung: si non minus —, dass, wenn das Peculium des Schuldners demselben prälegiert würde, der Bruder auch schon während der Erbtheilung den Abzug seiner Forderung, d. h. deren Bezahlung durch gegenseitige Verrechnung verlangen könnte. Auch hiezu fügt er ein (wenn auch für den Gegenfall berechnetes) Analogon betreffs der Peculiarforderung eines Fremden bei: (re integra) ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coherede praestetur.

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

III.

Die Theilungsklage.

A. Abgrenzung.

a) Von der rei vindicatio.

1. Wird bei der Trennung zweier miteinander verbundener Gemeinden von einer derselben die Ausfolgung von auf ihren Namen lautenden, in der Verwahrung der anderen Gemeinde befindlichen Staatsobligationen im Klagswege begehrt, so kann auf die wider die Statthaftigkeit der Klage erhobene Einwendung, dass es sich um die Theilung des ganzen Vermögens der beiden Gemeinden in Gemässheit des § 841 bGb. handle und diese Theilung vorangehen müsse, nicht reflectiert werden, da die vindicierten Schuldverschreibungen (nach der Angabe der klagenden Gemeinde und) bei dem Umstande, dass sie nur auf den Namen derselben lauten, nicht als eine gemeinschaftliche Sache angesehen werden können, sohin auch nicht ein Object darstellen, welches einer Theilung im Sinne des citierten Gesetzes unterliegen würde (22. März 1877/6420).

2. Die Gemeinschaft mehrerer Personen setzt das materiell ungetheilte Eigentum derselben voraus, daher selbstverständlich nur ein Theilgenosse gegen die anderen Theilgenossen die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen berechtigt sein kann. Es kann daher die Gemeinschaftsaufhebung wider dritte Personen, welche das zu theilende Gut, an dem ihnen nach den Angaben des Theilungsklägers ein Eigentumsrecht nicht zusteht, aus einem unbekannten Grunde thatsächlich besitzen, nicht gefordert werden, da dieselben in gar keiner Gemeinschaft mit dem Theilungskläger stehen (7. März 1878/6871).

b) Von den Ansprüchen aus der ehelichen Gütergemeinschaft.

3. Im Falle einer zwischen Ehegatten bestehenden Gütergemeinschaft inter vivos kann der eine Gatte von dem anderen die Herausgabe der Hälfte der demselben angefallenen Erbschaft nicht begehren; denn nach § 830 bGb. kann der Ehegatte die Aufhebung der Gemeinschaft nicht verlangen, weil diese gemäss der Ehepacten auf Lebenszeit eingegangen ist und gemäss §§ 831 und 1262 bGb. nur durch den Tod oder den Concurs eines Theils aufgehoben wird (3. Juni 1875/5746).

4. Wird zwischen Ehegatten eine nach § 1234 bGb. nur auf den Todesfall zu verstehende Gütergemeinschaft stipuliert, so wird dadurch keinem der beiden Ehetheile das Verfügungsrecht über seinen Vermögenstheil benommen, und es kann jeder der beiden von dem Rechte, die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums mit dem anderen zu fordern, Gebrauch machen (29. Oct. 1875/5897).

B. Legitimationspunkte.

5. Um die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums an einer Liegenschaft begehren zu können, hat der Kläger vorerst nachzuweisen, dass er und der Beklagte als Eigentümer der Liegenschaft intabuliert sind (27. Juni 1882/9038)

6. Die im Klagswege begehrte Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums vermittelst gerichtlicher Feilbietung kann nicht stattfinden, sobald dritte Personen im Sinne der §§ 7, lit. a und 8 des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 96) nach Anlegung des neuen Grundbuchs die bücherliche Anmerkung von Eigentumsansprüchen in Ansehung gewisser Theile der gemeinschaftlichen Liegenschaft erwirkt haben. Denn es ist klar, dass in dem Falle, wenn diese Eigentumsansprüche entweder durch freiwillige Anerkennung oder durch den richterlichen Spruch nach § 16 l. c zur Geltung gelangen sollten, die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums ohne Einbeziehung dieser die Eigentumsansprüche erhebenden dritten Personen in den Streit ganz unstatthaft erscheinen würde (28. Febr. 1884 9912).

C. Gegenstand und Voraussetzungen der actio communi dividundo.

7. Die Klage auf Theilung, bez. gerichtliche Feilbietung eines integrierenden Bestandtheils einer Liegenschaft (der zu einem Grundstücke gehörigen Gebäude) ohne vorausgegangene bücherliche Abtrennung ist unstatthaft (10. Oct. 1878, 7. April 1880/7170. 7924).

8. Das gerichtliche Erkenntnis auf physische Theilung einer Liegenschaft kann auch vor Erwirkung des zu deren Ausführung (in Tirol) erforderlichen administrativen Zerstückungsconsenses gefällt werden. Denn in dem Processe über die Theilungsklage ist nur über die privatrechtlichen Verhältnisse, nemlich darüber zu entscheiden, ob der Beklagte nach den privatrechtlichen Gesetzen über die Gemeinschaft des Eigentums schuldig sei, in die Theilung zu willigen, und nach welchen Grundsätzen und auf welche Art dieselbe vorzunehmen sei. Diese Entscheidung ist unabhängig von der Frage, ob zur Ausführung der Theilung die Zerstückungsbewilligung der Administrativbehörde erforderlich und schon gegeben worden sei; es muss vielmehr den Processparteien überlassen bleiben, die etwa erforderliche Theilungsbewilligung auf dem geeigneten Wege zu erwirken. Es besteht aber keine gesetzliche Vorschrift, dass der privatrechtliche Anspruch auf Theilung eines gemeinschaftlichen Grundstücks bei dem Civilrichter erst nach vorgängigem Zerstückungsconsens der Verwaltungsbehörde geltend gemacht werden kann (18. Nov. 1884/10253).

D. Opportunität.

9. Da bei einer Theilung nach blos ideellen Theilen die Gemeinschaft nicht aufgehoben ist, kann der Umstand, dass der Theilungskläger mit seinem ideellen Antheile an dem gemeinschaftlichen Gute selbständig zu verfügen in der Lage ist, ihm das im § 830 bGb. jedem Theilhaber eingeräumte Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nicht nehmen, und weil die physische Theilung des gemeinschaftlichen Guts — eines Wiener Hauses — nicht möglich ist, so kann dem Kläger nach § 843 bGb. die gerichtliche Feilbietung des ganzen Hauses nicht verweigert werden, insofern die Gegner nicht beweisen, dass der Verkauf gerade jetzt zur Unzeit oder zu ihrem Nachtheile geschehen würde. Der Kläger hat also gar nicht nachzuweisen, dass und warum ihm die Gemeinschaft lästig sei und warum er deren Aufhebung mittelst Feilbietung des ganzen Hauses wünsche, sondern es liegt den Theilungsbeklagten ob, ihren Anspruch auf Aufschub des Verkaufs zu begründen (1. Oct. 1873/5093).

10. Einen fortdauernden Nachtheil (den Verlust der zur Verwertung seiner Urproducte erforderlichen Betriebsstätte) kann der Theilungsbelangte wider das Begehren um Gemeinschaftsaufhebung vermittelst gerichtlicher Feilbietung des gemeinsamen Guts nicht einwenden, da er durch das Aequivalent, das er aus dem Verkauf der gemeinsamen Sache erhält, in die Lage versetzt wird, den Schaden abzuwenden, da aber auch anderseits eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft, welche dem Theilungskläger bei Zulassung der Einwendung des fortdauernden Nachtheils auferlegt würde, von dem Gesetze (§ 832 bGb.) ausgeschlossen ist (5. Febr. 1885/10418).

E. Processuale Geltendmachung.

a) Forum.

11. Da die Bestimmung des § 52 JN., dass Klagen, welche ein dingliches Recht auf ein unbewegliches Gut zum Gegenstande haben, nur bei der Realinstanz angebracht werden können, nach § 53 JN. auch dann zur Anwendung zu

kommen hat, wenn um die Theilung unbeweglicher Güter gestritten wird, die bezogenen Paragraphe der JN. durch die Bestimmungen des Hgb. und des bezüglichen EinfG., insbesondere durch § 39/3 des letzteren nicht aufgehoben wurden, überdies gemäss dem nach § 43 des EinfG. z. Hgb. unberührt gebliebenen § 59 JN. an Orten, wo sich kein Handelsgericht oder zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit bestimmter Gerichtshof erster Instanz befindet, die dahin gehörigen Streitigkeiten, mit Ausnahme derjenigen aus Wechselgeschäften, auch bei dem zuständigen gewöhnlichen Gerichte angebracht werden können, — so kann unter solchen Umständen die Klage auf Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft hinsichtlich eines unbeweglichen Guts zwischen Handelsgesellschaftern bei dem Bezirksgerichte als dem forum rei sitae eingebracht werden (21. April 1875/5694).

11a. Die Bestimmung des zweiten Satzes des § 53 JN., dass, wenn die aneinander grenzenden Güter unter der Gerichtsbarkeit verschiedener Realinstanzen stehen, dem Kläger die Wahl frei stehe, bei welchem dieser Gerichte er die Klage anbringen wolle, gilt ebenso für Streitigkeiten über Grenzberechtigungen, als auch über die Theilung unbeweglicher Güter. Es kann demnach in dem Falle, als die Klage auf Theilung von ein Ganzes bildenden, den Streittheilen gemeinschaftlich eigentümlichen Liegenschaften, welche verschiedenen Realinstanzen unterstehen, bei einer dieser Realinstanzen angebracht wird, von einer Klagencumulation keine Rede sein (10. April 1883/9375).

b) Verfahren.

12. Wenn auch die gerichtliche Kündigung einer bestehenden Gemeinschaft (zur Unterhaltung einer Wasserleitung) kein Bestand-, sondern ein Obligationsverhältnis betrifft, so ist dieselbe doch, da kein Gesetz besteht, welches die Anbringung einer solchen Kündigung untersagt, anzunehmen und dem anderen Gemeinschafter zu seinem Wissen mitzutheilen (15. Dec. 1885/10831).

13. Der Anspruch auf Theilung der Früchte eines gemeinsamen Guts kann nicht im Wege des possessorium summarissimum, bei welchem es sich lediglich um den letzten factischen Besitz des Streitgegenstands handelt, ausgetragen werden (29. Nov. 1883/9682).

c) Bücherliche Anmerkung der Klage.

14. Nach § 20 lit b GbG. ist die grundbücherliche Anmerkung der Klage des im Grundbuche eingetragenen Miteigentümers einer Liegenschaft gegen den anderen Miteigentümer auf Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums an der Liegenschaft und Gestattung des Verkaufs derselben durch gerichtliche Feilbietung zulässig (20. Aug. 1872/4690, **SpR.** 18; 4. Febr. 1873/4870).

15. Da die Rechtswirkung einer auf Grund der §§ 840 u. 843 bGb. angestellten Klage darin besteht, dass der Belangte nach erfolgter grundbücherlicher Anmerkung der Klage eine dem Kläger nachtheilige Verfügung über die gemeinschaftliche Sache ebensowenig mehr treffen und die Execution des in dem Streite ergangenen, dem Kläger günstigen Spruchs vereiteln kann, als in dem Falle der auf Grund der §§ 59 u. 60 GbG. erwirkten Anmerkung einer Hypothekarklage, so kann nach der ganz allgemeinen Bestimmung des § 20 lit b GbG. die grundbücherliche Anmerkung der Klage auf Gemeinschaftsaufhebung begehrt werden (E. 7., 27. Nov. 1877, 15. Jan. 1878, 26. Oct. 1880/6637.6672.6793.8801).

16. Die Klage einer geschiedenen Ehegattin auf Aufhebung des in den Ehepacten dem Ehemann eingeräumten Miteigentums kann nicht bücherlich angemerkt werden, da die Voraussetzung des in einem solchen Falle allein maassgebenden § 61 GbG. bezüglich der Zulässigkeit der Streitanmerkung im Grundbuche bei dem Umstande, als die für den Ehegatten vollzogene Einverleibung des Miteigentums nicht aus dem Grunde der Ungiltigkeit derselben bestritten wird, nicht zutrifft (24. Mai 1881/8403).

17. Der Anspruch des Miteigentümers einer Liegenschaft auf Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums ist nur ein Ausfluss seines Miteigentumsrechts; es kommen bei dem durchaus nicht unstatthaften Begehren um grundbücherliche Anmerkung der Klage auf Gemeinschaftsaufhebung die §§ 60 und 61 GbG. per analogiam in Anwendung (18. April 1882/8957).

18. Die grundbücherliche Anmerkung der Theilungsklage hat nur die Folge, dass wenn in der Person der beklagten Miteigentümer ein Wechsel eintritt, die

Klage auch gegen die an deren Stelle getretenen Theilhaber von Wirkung ist, die Wirksamkeit der Klage kann aber nicht auf einen Wechsel in der Person des Klägers ausgedehnt werden, dessen persönliches Recht auf Theilung durch die Entäusserung seines Antheils erlischt (17. Oct. 1883/9606). S. unten Nr. 23.

F. Processrechtsverhältnis.

a) Kostenpflicht.

19. Solange bei einer nicht auf bestimmte Zeit beschränkten Gemeinschaft des Eigentums ein Theilhaber die Forderung auf Aufhebung der Gemeinschaft gegen die anderen Genossen nicht gestellt hat, liegt für Letztere keine gesetzliche Verpflichtung zur Theilung vor und fällt ihnen daher auch kein Versäumnis zur Last. Allein es fehlt dann auch jeder Anlass für den die Theilung wünschenden Genossen, gegen die Anderen mit einer gerichtlichen Klage auf Theilung aufzutreten; thut er es dennoch und stimmen die Letzteren sofort seinem Begehren bei, so hat er ihnen durch die ungerechtfertigte Verursachung von Gerichtskosten einen Schaden zugefügt, welchen er denselben zu ersetzen schuldig ist (§ 1295bGb.). In einem solchen Falle findet die Vorschrift des § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) keine Anwendung, weil zwischen den Theilhabern ein Streit weder vor noch nach Anstellung der Klage stattgefunden hat und daher auch von einer im Streite obsiegenden oder unterliegenden Partei keine Rede sein kann (23. Mai 1883/9447).

b) Judicium duplex.

20. Das Theilungserkenntnis ist, da demselben die Eigenschaft eines judicium duplex zukommt, wider den Kläger selbst vollstreckbar (9. Sept 1870/3867).

21. Der § 830 bGb. setzt, indem er jedem Theilhaber einer gemeinsamen Sache freistellt, die Auflösung der Gemeinschaft auf gesetzlichem Wege, d. i. mittelst Klage zu fordern, von der Regel, dass der Beklagte niemals berechtigt ist, das von dem Kläger erfochtene Urtheil gegen dessen Willen in Vollzug zu setzen, keine Ausnahme fest (23. April 1873/4951).

G. Wirkung des Urtheils.

22. Das gegenseitige Vorkaufsrecht der Miteigentümer einer gemeinschaftlichen Sache bleibt auch nach der gerichtlichen Aufhebung der Gemeinschaft aufrecht. Es kann daher bei dem Bestande eines solchen Verkaufsrechts der Theilungskläger auf Grund des lediglich die Gemeinschaftsaufhebung aussprechenden Urtheils nicht ohneweiters die Feilbietung der gemeinschaftlichen Sache begehren (19. Juli 1887, C. VI 153).

23. Das einem Gemeinschafter durch Urtheil zuerkannte Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft ist ein höchst persönliches und kann an einen Einzelnachfolger nicht abgetreten werden (17. Oct. 1883/9606). S. oben Nr. 18.

H. Vollzug des Urtheils.

a) Bücherliche Anmerkung.

24. Mit der rechtskräftigen Entscheidung, wodurch die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft zwischen den Theilhabern einer Liegenschaft ausgesprochen und dem Theilungskläger das Recht zuerkannt wird, die gerichtliche Versteigerung derselben zu verlangen, ist die Rechtswirkung verbunden, dass die aus dem öffentlichen Buche ersichtliche Eigentumsgemeinschaft und deren rechtliche Folgen aufzuhören haben; es muss demnach dem obsiegenden Theilungskläger, welcher ohne Zweifel auf Grund des rechtskräftigen Urtheils zur Execution schreiten kann, im Sinne und nach der Absicht des § 20 GbG. auch das Recht zustehen, den auf diese Liegenschaft bezugnehmenden Spruch zur Wahrung seiner Rechte, und damit auch solche gegen den allfälligen Besitznachfolger des andern Gemeinschafters wirksam seien, durch die grundbücherliche Anmerkung zur Evidenz zu bringen, ohne welche der Theilungsbeklagte durch die Veräusserung seines Miteigentums an der Liegenschaft das dem Theilungskläger eingeräumte Recht vereiteln und das zu Gunsten des letzteren ergangene Urtheil illusorisch machen könnte (5. Juni 1878, 14. Oct. 1879/7759. 7603).

25. Ist die Klage auf Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft grundbücherlich angemerkt worden, so unterliegt es keinem Anstande, das derselben stattgebende Urtheil zur Ersichtlichmachung des günstigen Erfolgs der Klage ebenfalls bücherlich anmerken zu lassen (19. Jan. 1881/8258).

b) Feilbietung.

α) Umfang.

26. Es kann im Executionsverfahren nicht entschieden werden, ob in die durch richterliches Erkenntnis anbefohlene Theilung der in der Theilungsklage beschriebenen gemeinschaftlichen Güter auch solche, die dort nicht beschrieben sind, einbezogen worden seien, es obliegt vielmehr dem Theilungsbelangten, seine etwaigen Ansprüche auf Güter, welche in Vollstreckung des vorausgegangenen richterlichen Urtheils dem Theilungskläger zugewiesen wurden, gegen diesen auf dem ordentlichen Rechtswege geltend zu machen (1. Juli 1869/3461).

β) Voraussetzung und Vorgang.

27. Die Einverleibung des executiven Pfandrechts für die urtheilsmässige Verbindlichkeit des Theilungsbelangten, die gerichtliche Feilbietung der ihm und dem Theilungskläger pro indiviso gehörenden Grundstücke und die Vertheilung des Meistgebots zu gestatten, bei dem Antheile des Theilungsbelangten an den gemeinsamen Grundstücken ist unstatthaft, da nach den Bestimmungen der §§ 311 und 322 aGO. das executive Pfandrecht an einem liegenden Gute nur für eine Summe Geldes, zu deren Zahlung der Beklagte verurtheilt wurde, von dem Richter ertheilt und nach der Anordnung des § 14 GbG. das Pfandrecht nur für eine ziffermässig bestimmte Geldsumme eingetragen werden kann, die urtheilsmässige Verbindlichkeit des Theilungsbelangten aber nicht eine Geldschuldigkeit, daher auf dieselbe die Executionsart des § 322 aGO. nicht anwendbar ist (6. März 1878/6869).

28. Auf Grund eines die Auflösung des dem Theilungskläger und dem Theilungsgeklagten gemeinsamen Eigentums an einem Hause mittelst gerichtlicher Feilbietung desselben aussprechenden Urtheils kann die executive Schätzung des Hauses begehrt werden. Denn dieselbe stellt sich als ein Mittel zur Realisierung des dem Theilungskläger rechtskräftig zuerkannten Rechts auf Aufhebung der bestehenden Eigentumsgemeinschaft heraus und es kann die Bewilligung hiezu füglich nicht versagt werden (19. Aug. 1875, 1. März 1881, 10. Dec. 1884/5841. 8314. 10289).

29. Wird durch Urtheil ausgesprochen, dass die Gemeinschaft des Eigentums der beiden Streittheile an einer Liegenschaft aufgehoben, die letztere feilzubieten und der Verkaufserlös unter die Streittheile zu vertheilen sei, so handelt es sich bei der Vollstreckung dieses Urtheils nicht um die Einbringung einer Geldforderung aus dem Vermögen des Beklagten, zu welchem Ende das zur Befriedigung des Klägers bestimmte Gut erst zu realisieren ist, sondern um die Vollstreckung eines Theilungserkenntnisses, durch welches weder dem Kläger ein dingliches Recht zugesprochen, noch dem Beklagten irgend eine Leistung aufgetragen, sondern Letzterem lediglich die Verpflichtung auferlegt wurde, den öffentlichen Verkauf der gemeinschaftlichen Realität zu gestatten, bez. sich gefallen zu lassen. In einem solchen Falle, für welchen eine specielle Executionsdurchführungsnorm in der Gerichtsordnung nicht gegeben ist, können die Bestimmungen der §§ 304 und 323 aGO. — §§ 404 und 428 wGO. —, welche die Einräumung eines dinglichen Rechts und die Einbringung einer Geldsumme zum Gegenstande haben, offenbar keine Anwendung finden, es kann daher ohne vorausgegangene Anmerkung der aus dem Urtheil erwachsenden Rechte die executive Schätzung, welche hier nicht die Bedeutung eines Executionsgrads, sondern nur den Zweck hat, durch die Feststellung des als Ausrufspreis dienen sollenden Schätzungswerts für die im Urtheil bewilligte Feilbietung eine Basis zu gewinnen, angesucht werden (13. Jän. 1880, 10. Dec. 1884/7800. 10289).

30. Die Vorschriften des 6. Hauptstücks des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) haben nur bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen von Liegenschaften Anwendung; dort aber wo es sich um die Vollziehung eines Urtheils handelt, mit welchem die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft gegen den Willen des Theilungsbelangten ausgesprochen wurde, liegt der Fall einer executiven Feilbietung vor, bei

deren Durchführung die Vorschriften der Gerichtsordnung zu beobachten sind. Der § 843 bGb. bestimmt zwar, dass der Kaufschilling für eine behufs Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums gerichtlich veräusserte Realität unter die Theilhaber zu vertheilen sei, er enthält jedoch eine Bestimmung über den Vorgang bei der öffentlichen Versteigerung und bei der Vertheilung des Kaufschillings nicht, und dieser Vorgang ist, nur insoferne es sich um freiwillige Veräusserungen handelt, im Pat. v. 9. Aug. 1854, dagegen bei zwangsweisen Veräusserungen in der Gerichtsordnung normiert (31. März 1875/5673).

31. Die executive Feilbietung einer Realität erscheint im Sinne der §§ 311, 322 fg. aGO. nur zur zwangsweisen Realisierung eines auf Zahlung einer Geldsumme lautenden rechtskräftigen gerichtlichen Erkenntnisses zulässig und deshalb finden die nur für eine solche nach der Gerichtsordnung zulässige executive Realfeilbietung normierten gesetzlichen Rechtsfolgen auf einen Fall, wo mit rechtskräftigem Urtheil nur dem von dem Theilungskläger auf gerichtliche Feilbietung des ihm und dem Theilungsbelangten gemeinschaftlichen Guts behufs Aufhebung dieser Gemeinschaft gestellten Begehren stattgegeben worden ist, keine Anwendung (3. Oct. 1876/6251).

32. Durch die zwangsweise Auseinandersetzung der Ansprüche der gemeinschaftlichen Eigentümer einer Liegenschaft werden die Rechte ihrer gemeinsamen Hypothekargläubiger nicht berührt, es können also bei der Feilbietung in einem solchen Falle die Vorschriften der Gerichtsordnung nur eine dem judicium divisorium und dem Zweck des § 843 bGb. entsprechend beschränkte, sinngemässe Anwendung finden, wogegen in Beziehung auf dritte Personen, insbesondere auf Hypothekare, die im § 277 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) enthaltenen Bestimmungen für freiwillige Versteigerungen ihre Geltung haben; es sind demnach, sobald von keiner der beiden Parteien ein Antrag auf Einvernehmung der Hypothekare zur Aeusserung, ob und inwieweit dieselben allenfalls mit Begebung ihrer Rechte sich den Anträgen der Hypothekarschuldner zu fügen bereit wären, der Tagfahrt zur Prüfung der Feilbietungsbedingnisse blos die Streittheile, nicht aber auch die Hypothekargläubiger beizuziehen (10. Dec. 1879/7689).

33. Handelt es sich um die zwangsweise Auseinandersetzung der aus dem vorhandenen Miteigentum den Theilhabern zukommenden Rechte, so muss dieselbe ohne Berührung der Rechte der auf der gemeinschaftlichen Realität eingetragenen Gläubiger vorgenommen werden, weil die Letzteren gar nicht in die Lage kommen, das Einlösungsrecht nach § 462 bGb. auszuüben und sie nur unter dieser Voraussetzung zur Aufgebung ihrer Hypotheken genöthigt werden könnten (22. Juni 1880/8021).

34. Da das bGb. die Anordnung, dass die auf Grund eines Urtheils, mit welchem die Gemeinschaft des Eigentums aufgehoben wird, erfolgende Feilbietung des gemeinschaftlichen Guts nach den Bestimmungen der Executionsordnung durchzuführen sei, nicht enthält, so darf ein solcher vom Theilungskläger begehrter Zusatz dem Urtheile nicht beigefügt werden. (28. Febr. 1884/9911).

35. Das Processurtheil über die Theilungsklage kann sich nur auf die Entscheidung des streitigen Rechts selbst, keineswegs aber auch auf die Entscheidung über die Art der Durchsetzung des zuerkannten Rechts (Feilbietung des gemeinschaftlichen Guts) erstrecken. Ueber letztere bestehen in der Gerichtsordnung bestimmte Vorschriften, nach welchen vorzugehen ist, die aber kein Gegenstand des Rechtsstreits selbst sein können, insbesondere dort, wo auch Interessen dritter Personen, nemlich der Tabulargläubiger, welche im Rechtsstreite nicht vertreten sind, berücksichtigt werden müssen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass der Vollzug der Feilbietung des gemeinschaftlichen Vermögens nach urtheilsmässig aufgelöster Gemeinschaft, wenn die Parteien selbst nicht einig sind, zu der Execution des Urtheils gehört, dass daher auch die Bedingungen, unter welchen die Feilbietung stattzufinden hat, auf die für die Execution vorgezeichnete Art gerichtlich zu adjustieren sein werden, wobei auch anderen dabei interessierten Personen, als die dermaligen Processparteien, der gesetzliche Einfluss gestattet werden muss. Es ist daher nicht notwendig, dass die Feilbietungsbedingnisse, die den Verkauf erst bestimmen und präcisieren, der Theilungsklage angeschlossen seien (13. März 1884/9933, 28. Febr. 1884/9912).

36. Wird durch gerichtliches Erkenntnis die Aufhebung der zwischen dem Theilungskläger und dem Theilungsbelangten bestehenden Eigentumsgemeinschaft durch gerichtliche Versteigerung der gemeinsamen Realität ausgesprochen, so ist es beiden Theilen überlassen, sich über die Feilbietungsbedingnisse zu einigen; der Richter hat nach § 277 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) wohl darüber zu wachen, dass die Bedingungen des Verkaufs bestimmt und deutlich ausgedrückt und keine unerlaubten Verträge in Vorschlag gebracht werden, er ist aber keineswegs berufen, wenn eine Einigung der Parteien über die Bedingungen des Verkaufs nicht stattfindet, dieselben durch eine im officiösen Wege getroffene Entscheidung festzustellen. Die Feilbietungsbedingnisse können demnach bei mangelnder Einigung der Parteien nur im Processwege festgestellt werden (8. Juni 1880/8005).

37. Der Vollzug der Feilbietung eines gemeinschaftlichen Guts nach urtheilsmässig aufgehobener Gemeinschaft gehört zur Vollstreckung des Urtheils, es sind daher auch die Bedingungeu, unter denen die Feilbietung stattzufinden hat, auf die für die Execution bestimmte Art festzustellen, und es obliegt mithin dem Gerichte, die Bedingungen dieser zwangsweisen Versteigerung bei mangelndem Parteienconsens von amtswegen festzusetzen (19. Juni 1883/9477).

38. Die Bedingnisse, unter welchen die Feilbietung eines gemeinschaftlichen Guts als Vollzug der durch Urtheil ausgesprochenen Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt, sind nicht auf die für die Execution bestimmte Art festzusetzen (23. Dec. 1884/10311, **SpR. 119**).

γ) Kosten.

39. Da zwischen dem mit seinem Begehren um gerichtliche Feilbietung des gemeinschaftlichen Hauses obsiegenden Theilungskläger und dem Theilungsbelangten nicht das Rechtsverhältnis eines Gläubigers zum Schuldner obwaltet, so handelt es sich bei dieser Sachlage, wenn auch um die Veräusserung des Hauses gegen den Willen des Mitbesitzers, so doch keineswegs um einen Zwangsverkauf im Sinne der §§ 326 fg. aGO. Der Theilungskläger strebt die Feilbietung des Hauses zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft und der Theilung des Erlöses im eigenen Interesse an, er muss daher nach § 839 bGb. auch verhältnismässig die mit der Feilbietung und mit der hiezu erforderlichen Schätzung des Hauses verbundenen Kosten tragen. Es wäre offenbar ungerecht, die vollen Kosten der Aufhebung einer Sachgemeinschaft im Sinne des § 843 bGb. einem der Mitbesitzer aufzutragen (17. April 1879, 24. Mai 1881, 1. Aug. 1882/7422. 8399. 9070).

40. Die Kosten des Gesuchs um executive Schätzung, welches im Zuge der Vollstreckung eines Urtheils auf Gemeinschaftsaufhebung vermittelst gerichtlicher Feilbietung des gemeinsamen Guts eingebracht wurde, sind von dem Theilungsbelangten zu ersetzen (10. Dec. 1884/10289).

Literarische Notizen.[1]

Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Von Dr. Justus Olshausen, Kammergerichtsrat. Dritte umgearbeitete Auflage. 1—3. Lieferung. Berlin 1889. Franz Vahlen.

Der literarische Erfolg des Commentars, von dessen dritter Auflage nun ein erheblicher Theil vorliegt, ist ein ganz ungewöhnlicher. Im Jahre 1883 war die erste Auflage abgeschlossen, die wir in Bd. II S. 98 dieser Zeitschrift angezeigt haben. Schon 1885 erschien das Werk in zweiter Auflage, die in dieser Zeitschr. Bd. III, S. 350 und Bd. IV., S. 171 besprochen wurde. Und nun liegen uns bereits 35 Druckbogen der dritten umgearbeiteten Auflage vor. Diese Thatsachen sprechen beredt genug für die Anerkennung, deren sich das Werk erfreut und welche es auch vermöge seiner überaus praktischen Anlage, wie seiner inneren Trefflichkeit in vollem Maasse verdient. In der neuen Bearbeitung erscheint die Praxis des Reichsgerichts in noch ausgiebigerem Maasse als bisher verwertet und die Literatur bis auf die Gegenwart herab benutzt. Auch verspricht der Verfasser, den 29. Abschnitt des II. Theils, betreffend die „Uebertretungen", dessen Erläuterung bisher ziemlich dürftig ausgefallen war, einer durchgreifenden Neubearbeitung zu unterziehen. Wir werden mit dem Fortschreiten dieses ausgezeichneten Commentars auf denselben noch zurückkommen.

Lehrbuch des deutschen Privatrechts in einem Bande von Alex. Franken. Erste Lieferung. Leipzig. Duncker & Humblot. 1889.

Nach der vorliegenden ersten Lieferung, welche etwa den dritten Theil des Werkes bildet, zu urtheilen, haben wir es in diesem mit einer ganz eigenartigen Arbeit zu thun. Zur Einführung in das deutsche Privatrecht bestimmt, befleissigt sich die Schrift unter möglichster Vereinfachung und Zusammenfassung des Stoffs einer einheitlich-fliessenden Darstellung, welche das Interesse des Studierenden dauernd rege erhält und sich so seinem Verständnisse leicht mittheilt. Wird aber auch vom Verf. der herkömmliche gelehrte Apparat nicht aufgeführt, so ist doch die Arbeit nichtsdestoweniger eine überaus gediegene. In der vorliegenden Abtheilung sind ausser der Einleitung nur drei Capitel enthalten, welche von den Rechtsnormen, den Rechtssubjecten und den subjectiven Rechten, ihrer Entstehung und Geltendmachung handeln. In jedem Capitel werden die bezüglichen Lehren in ebenso eleganter als gründlicher Weise erörtert und häufig überraschend neue Gesichtspunkte eröffnet. Die Schrift wird, das lässt sich schon jetzt sagen, unter die hervorragendsten der germanistischen Rechtsliteratur einzureichen sein. Wir werden auf dieselbe noch zurückkommen.

Die internationalen Unionen über das Recht der Weltverkehrsanstalten und des geistigen Eigentums. Ein Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin von Adv. Dr. F. Meili, Professor in Zürich. Leipzig. Duncker & Humblot. 1889.

Der Verfasser, dessen Schriften über das moderne Verkehrsrecht allgemein bekannt sind, versucht hier zum erstenmale in selbständiger Weise das auf dem

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I. Bauernmarkt 11, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

Grunde der zwischenstaatlichen Verträge erwachsene Recht der Verkehrsanstalten (des Telegraphen, des Telephons, der Post, der Eisenbahnen) und des geistigen Eigentums (des gewerblichen und literarischen Urheberrechts) zur Darstellung zu bringen. Die äusserst anregende, gedankenreiche und formvollendete Schrift erhält das Interesse vom Anfang bis zum Ende wach.

Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Unter Mitwirkung vieler Gelehrter herausgegeben von E. J. Bekker und C. Fischer. 1. bis 5. Heft. Berlin und Leipzig. J. Guttentag (D. Collin). 1888 und 1889.

Eine Anzahl hervorragender Gelehrter hat sich mit den Herausgebern vereinigt, um in selbständigen Monographien einzelne Partien des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich zu erläutern und zu beurtheilen. Es liegen nun bereits fünf solcher Arbeiten vor. In Heft 1 wird von Vierhaus die Entstehungsgeschichte des Entwurfs dargestellt und eine sehr instructive Uebersicht der privatrechtlichen Codificationsbestrebungen in Deutschland gegeben. In Heft 2 bespricht Bekker Sprache und System des Entwurfs. In das Dogmatische desselben geht Meischeider ein, der in Heft 3 mehrere alte Streitfragen, namentlich jene, welche sich auf die Lehren von den juristischen Personen, der Vertragschliessung, der Bedingung, der Verschuldung, dem Verzuge des Schuldners, der Anspruchsverjährung, der grundlosen Bereicherung, dem Besitz und der Ersitzung beziehen, gegenüber dem Entwurf neuerlich erörtert und zu klären versucht. „Geld und Wertpapiere" betitelt sich das 4. Heft, in welchem Koch die für den Bankverkehr erheblichen Bestimmungen des Entwurfs bespricht und dabei zugleich die Lehre vom Geld und den Wertpapieren fördert. Das 5. Heft endlich bringt uns eine sehr lehrreiche und gehaltvolle Abhandlung von v. Liszt über die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, in welcher insbesondere die Begriffe des privatrechtlich geschützten Interesse, der Selbstvertheidigung und Selbsthilfe, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, der Gewalt, der Drohung und des Betrugs, dann das sog. privatrechtliche Delict eingehend erörtert werden.

Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofs. Herausgegeben von Joseph Unger, Joseph v. Walther und Leopold Pfaff. 23. Band. Wien 1888. Carl Gerold's Sohn.

Der vorliegende Band enthält 481 Entscheidungen aus dem Jahre 1885 und im „Nachtrage" 34 Entscheidungen aus den Jahren 1879—1884. An der Bearbeitung des Thatbestands der einzelnen Entscheidungen wie an den Ueberschriften erkennen wir dieselbe Meisterhand, welche wir bei den bisherigen Abschnitten der Sammlung bewundert haben. Auch die Anlage hat sich in nichts verändert. Der von uns wiederholt geäusserte Wunsch, dass bei den Entscheidungen die parallelen der vorgängigen Bände angegeben werden mögen, ist leider noch immer nicht berücksichtigt worden. Es ist ja begreiflich, dass das bisherige Versäumnis nur schwer jetzt nachzuholen ist. Unmöglich indessen ist es nicht. Und ist die Arbeit einmal gethan, so lässt sie sich dann bei den folgenden Bänden sehr leicht fortsetzen. Ueber die Notwendigkeit einer solchen Arbeit gerade bei einer nur nach der Zeitfolge angelegten Sammlung braucht man wohl weiter kein Wort zu verlieren.

Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Bearbeitet von A. Bolze, Reichsgerichtsrat. 5. und 6. Band. Leipzig, F. A. Brockhaus. 1888 und 1889.

In derselben trefflichen Weise wie die vorausgegangenen Bände sind auch die vorliegenden bearbeitet, welche die Erkenntnisse des Reichsgerichts aus den Jahren 1887 und 1888 enthalten. Das vom Verfasser gewählte System bewährt sich immer mehr und sein Werk ist nun für die Praxis nachgerade ein unentbehrliches geworden. Es ist auch den österreichischen Juristen wärmstens zu empfehlen.

Die Widerklage. Von Dr. Rudolf Pollak. Wien 1889. Alfred Hölder.

Der Verfasser untersucht das Wesen der Widerklage im classischen römischen Recht, im canonischen Recht, in der italienischen Wissenschaft des Mittelalters, im altdeutschen und gemeinen Recht, endlich im geltenden österreichischen und deutschen Recht und gelangt zu dem Ergebnisse, dass die Begriffe der Widerklage, welche die verschiedenen Processrechtssysteme entwickelt haben, sich nur theilweise decken und dass der Inhalt des mit dem Worte Widerklage bezeichneten Begriffs durch die Structur des Processes überhaupt bedingt ist. Ein näheres Eingehen auf die Ausführungen des Verfassers müssen wir uns hier versagen. Als Erstlingsarbeit eines jungen Juristen verdient die Schrift in hohem Grade Beachtung. Sie verrät nicht nur gründliches und umfassendes Wissen, sondern auch entschiedenes juristisches Talent und bedeutende Gestaltungskraft. Auszustellen hätten wir nur, dass der Verfasser die deutsche Literatur nach der CPO. völlig unbeachtet lässt. Er übergeht nicht nur die Handbücher von Wach und Hellmann und die Commentare zur CPO., sondern erwähnt auch nicht der Monographie Kleinfeller's über die Widerklage und behandelt das Recht der deutschen CPO. ziemlich cursorisch. Dagegen aber ist das österreichische Recht sehr eingehend und sehr gründlich dargestellt.

Civilprocesspraktikum. Zum Gebrauch bei civilprocessualen und concursrechtlichen Uebungen. Von Dr. Conrad Hellwig, Professor in Giessen. Freiburg i. B. 1888. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Das sauber gearbeitete Werkchen enthält 69 sehr interessante Rechtsfälle, welche viel zu denken geben und überaus dankbare Aufgaben für Seminarübungen und praktische Prüfungen darstellen. Das Schriftchen ist ebenso den Studierenden zu empfehlen, wie den Lehrern, welche an den angeführten, ungemein lebendig gestalteten Rechtsfällen die Principien des Processes sozusagen zur unmittelbaren Anschauung bringen können.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

85.

Beginn und Vollendung der Verjährung gegen Pflegebefohlene (bGb. § 1494).

(E. 17. Jän. 1888, Z. 11504.)

In den Vorinstanzen war der Klage auf Ungiltigerklärung eines Testaments stattgegeben und die Einrede der Verjährung deshalb nicht berücksichtigt worden, weil die Kl. noch vor erreichter Grossjährigkeit die Klage angestellt hatte. Der OGH. erkannte auf Abweisung der Klage wegen eingetretener Verjährung, weil für die Kl. noch im Jahre 1878 in der Person ihrer Mutter eine Vormünderin bestellt war und gar nicht behauptet wird, dass die dadurch bestellte Vertretung in der Zeit bis zu ihrer am 13. Oct. 1881 angetretenen physischen Grossjährigkeit unterbrochen gewesen wäre. Der Kl. war daher während ihrer Minderjährigkeit jener Schutz zutheil, welchen das Gesetz den Minderjährigen überhaupt gewährt (§§ 187, 228 bGb.). Der § 1494 bGb. hat nach seinem Inhalte den Fall selbst vor Augen, dass den darin bezeichneten Pflegbefohlenen keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind und hat er diesen Fall nicht nur da, wo es sich um den Beginn der Verjährung handelt, sondern auch in seinem weiteren Verlaufe zur Voraussetzung; daraus aber folgt, dass gegen einen Pflegbefohlenen, welchem ein Vertreter bestellt ist, die Verjährung nicht nur beginne, sondern, wenn die Vertretung ununterbrochen fortgedauert hat, während derselben auch zur Vollendung gelangen kann, zumal kein Grund zur Annahme vorhanden ist, dass das Gesetz den im § 1494 bGb. bezeichneten Pflegbefohlenen ausser dem ihnen durch die Vertretungsbestellung gewährten Schutz darüber hinaus, u. z. exceptionell nur bei der Ersitzung und Verjährung noch eine besondere Begünstigung haben angedeihen lassen wollen und gegen diese Annahme auch die Erwägung spricht, dass die den Pflegebefohlenen in der früheren Gesetzgebung im ausgedehnten Maasse gewährte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, in das jetzt geltende allgem. bürg. Gesetzbuch nicht mehr aufgenommen ist (§ 1450 bGb.).

86.

Cessionsvaluta oder Afterpachtzins? Triennalverjährung des periodisch zu entrichtenden Entgelts für eine Afterverpachtung.

(E. 16. Febr. 1888, Z. 8133. — GH. 6.)

A hatte die von der Herrschaft X gepachtete Propination dem B gegen ein jährliches Entgelt von 1000 fl. überlassen und klagte nun auf Zahlung der „Cessionsvaluta“ für die Jahre 1874—1877 im Betrage von 4000 fl., wogegen B die Verjährung einwendete. Dieser vom 1. R. verworfenen Einrede wurde in den oberen Instanzen stattgegeben, vom OGH. mit der Begründung, dass die in dem oben erwähnten Abtretungsvertrage gebrauchten Worte nach §§ 914 und 6 bGb. nur in ihrem Zusammenhange und nach der Absicht der vertragschliessenden Parteien beurtheilt werden müssten. Es tritt nämlich in dem berufenen Ver-

trage prägnant hervor, dass die Bezahlung der in dem Vertrage benannten Entschädigung in jährlichen Zeitabschnitten verabredet wurde, was auf die klare Absicht der Contrahenten hindeutet, dass der Kl. dem Gekl. den Gebrauch der Propination überlassen und der Gekl. hiefür, entsprechend der Gebrauchsdauer, ein Aequivalent, d. i. eben den Bestandzins im Sinne des Gesetzes zu zahlen, zugesichert hat. Dieses Bestandverhältnis muss daher bei der Beantwortung der in diesem Processe in den Vordergrund tretenden, weil vor allem entscheidenden Frage der von dem Gekl. eingewendeten Verjährung des Klageanspruchs auch allein maassgebend sein. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des § 1480 bGb, der gemäss Forderungen von rückständigen jährlichen Abgaben, Zinsen, Renten und Dienstleistungen in drei Jahren erlöschen, sowie mit Hinblick auf die Bestimmungen des Hfd. v. 22. Aug. 1836 (JGS. 151), dergemäss die im § 1480 bGb. festgesetzte dreijährige Verjährungsfrist auch für Pachtzinsen oder Pachtschillinge und Verzugszinsen giltig sei, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Anspruch des Kl., welcher sich eben nur als ein Anspruch des rückständigen jährlichen Pachtzinses für die Pachtdauer darstellt, durch Verjährung erloschen sei, weil die Klage lange nach Ablauf der dreijährigen Frist, nämlich erst am 25. Nov. 1883 zu Gericht überreicht worden ist. Die Einwendung des Kl., dass die Verpflichtung des Gekl. zur Zahlung des geforderten Betrags auf keinem fortdauernden Titel beruhe und als eine vertragsmässige gemäss § 1479 bGb. der ordentlichen dreissigjährigen Verjährungsfrist unterliege, ist nicht zutreffend, denn der fortdauernde Titel, welcher der eingeklagten jährlichen Leistung zugrunde liegt, beruht eben auf den Bestimmungen des oft erwähnten Vertrags und wenn auch die Dauer der wiederkehrenden Leistung im Vertrage nicht bestimmt ist, so hat dies auf die Verjährungsfrist gar keinen Einfluss, weil die Verjährung mit dem Zeitpunkte der Uebergabe der Propination an den Gekl. begonnen berechnet wird.

87.

Uebergang der Rechte des Vorbesitzers gegen den Mieter auf den Erwerber der Mietsache.

(E. 17. Mai 1888, Z. 9548.)

Der erstr. unbedingt zugelassenen Mietzinsklage wurde vom OLG. nur gegen den vom Kl. zu erbringenden Beweis über den Abschluss eines Mietvertrags mit dem Gekl. stattgegeben. Der OGH. bestätigte das erstr. U. Gründe: Nach den unbestritten gebliebenen Angaben, welche der Kl. bei der Ergänzung der Verhandlung bezüglich der Uebernahme der von ihm eingetauschten Realität gemacht hat, kann es einem Zweifel nicht unterliegen, dass dem Kl. seit 1. April 1887 die Nutzungen der in Frage stehenden Realität gebüren, zu denen augenscheinlich auch die Mietzinse, bez. die gegen die Mieter zustehenden Ansprüche auf Bezahlung der fälligen Mietzinse, sowie die Regressansprüche gegen den Vormann wegen der etwa bereits eingehobenen, auf die Zeit nach dem 1. April 1887 entfallenden Mietzinse gehören. Aus den eigenen Angaben des Gekl. erhellt, dass er von dem eingetretenen Besitzwechsel noch vor der Fälligkeit der den Gegenstand dieses Streites bildenden Zinsforderung in Kenntnis gesetzt worden ist. Der Gekl. hätte daher den am 1. Mai 1887 fälligen Mietzins gemäss § 1396 bGb. nicht mehr mit Wirkung an des Kl. Vorbesitzer, mit welchem der Gekl. den Mietvertrag geschlossen hatte, zahlen können. Die Legitimation des Kl. zum Erheben des hier geltend gemachten Anspruchs ist daher klargestellt, und da der Gekl. den behaupteten Inhalt des Mietvertrags zugesteht, so kann es sich nur darum handeln, ob die Behauptungen des Gekl. richtig seien, aus denen er glaubt folgern zu können, dass der Mietvertrag durch ein mit H, dem Vorbesitzer des Kl. geschlossenen Uebereinkommen, welches mit Wirkung nur vor dem zwischen H und dem Kl. vereinbarten Tauschvertrage hätte zustande kommen können, wieder aufgelöst worden sei. Nach den Aussagen der vom Gekl. angerufenen Zeugen erscheinen aber dessen Behauptungen nicht nur nicht bestätigt, sondern geradezu widerlegt. Hiezu kommt, dass H. welcher nach der Behauptung des Gekl. Letzteren seinen Verflichtungen aus dem mit ihm geschlossenen Mietvertrage

enthoben haben soll, dies mit Bestimmtheit in Abrede stellt und mit der gleichen Bestimmtheit versichert, dass er seine Ansprüche aus diesem Mietvertrage an den Kl. abgetreten habe. Nach diesem Ergebnisse des Zeugenbeweises kann der angebotene Beweis durch den Haupteid über die als widerlegt anzusehenden Behauptungen des Gekl. nicht mehr zugelassen werden. Bei dieser Sachlage fehlt es an jedem Grunde, die vom Kl. angebotenen Beweise zuzulassen, durch welche nicht der Abschluss eines neuen Mietvertrags zwischen dem Kl. und dem Gekl., sondern solche Umstände dargethan werden sollten, aus denen erhellt, dass der Gekl. den Fortbestand des mit H geschlossenen Mietvertrags dem Kl. gegenüber anerkannt habe.

88.

1. Erbvertrag oder wechselseitiges Testament? 2. Beweiswert der in die Geburtsmatrik eingetragenen Vaterschaftsanerkennung zu einem ausserehelichen Kinde gegen Dritte.

(E. 9. Sept. 1887, Z. 13.629.)

Zu dem Nachlasse des M erbserklärten sich dessen eheliche Tochter A auf Grund des Gesetzes unbedingt und B als ausserehlicher Sohn bedingt auf Grund eines Erbvertrags ddto. Pyrawarth, 16. Februar 1855, welcher folgende Bestimmungen enthielt: „1. Der Herr M ist Vater eines von ihm ausserehelich erzeugten Sohns Namens B, geboren zu Wien am 25. Mai 1841, ebenso ist Frau U Mutter des von ihr am 21. Juni 1848 geborenen Sohns G; es ist nun der freie und aufrichtige Wille der beiden Eltern, dass diese ihre gegenseitigen Kinder so gehalten sein sollen, als wären selbe ihre leiblichen Kinder, so dass sie sich verpflichten für selbe in geistiger und leiblicher Beziehung elterlich zu sorgen. — 3. Werden jedoch in dieser Ehe noch Kinder erzeugt, so sollen die beiden bereits vorhandenen Kinder B und G so behandelt werden, als wären sie eheleibliche Kinder der beiden Ehegatten, daher festgesetzt wird, dass im Absterbensfalle eines oder des anderen Ehetheils der überlebende Gatte verpflichtet sein solle, bei Vorhandensein von nur zwei Kindern das Viertel, bei drei oder mehreren Kindern die Hälfte des sämmtlichen gemeinschaftlichen Vermögens denselben als Erbschaft zu geben". Wegen der zwischen diesen beiden zu Gericht angenommenen Erbserklärungen bestehenden Widersprüche angewiesen, wider B als Klägerin aufzutreten, erhob nun die A gegen B die Klage auf Ungiltigkeitserklärung seiner auf Grund des erwähnten Erbvertrags zu dem Nachlasse des M abgegebenen Erbserklärung, wurde jedoch in allen Instanzen abgewiesen, vom OLG. aus folgenden höchstrichterlich gebilligten Gründen: Anbelangend die Qualification des schriftlichen Vertrags C kommt zu erinnern, dass nach § 602 bGb. Erbverträge über die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben nur unter Ehegatten giltig abgeschlossen werden können und dass nach § 1249 bGb. zwischen Ehegatten auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlass oder ein Theil desselben versprochen und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden kann. Stellt man diesen gesetzlichen Bestimmungen den Vertrag C gegenüber, so ergiebt sich, dass darin ein ausdrückliches Versprechen, den künftigen Nachlass oder einen Theil desselben dem überlebenden Ehegatten zuzuwenden, und eine ausdrückliche Annahme dieses Versprechens nicht enthalten ist. Im Absatze 3 wird bestimmt, dass, wenn in dieser Ehe noch Kinder erzeugt werden, die bereits vorhandenen Kinder B und G so behandelt werden sollen, als wenn sie eheleibliche Kinder der beiden Ehegatten wären und dass im Ablebensfalle eines oder des anderen Ehegatten der überlebende Gatte verpflichtet sein solle, bei Vorhandensein von nur zwei Kindern das Viertel, bei drei oder mehreren Kindern die Hälfte des sämmtlichen gemeinschaftlichen Vermögens als Erbschaft zu geben, während es im Absatze 5 heisst, dass, wenn bei dem Ableben eines oder des anderen Ehetheils keine Kinder vorhanden sind, der Ueberlebende blos gehalten sein soll, den gesetzlichen Erben des Verstorbenen ein Drittel des reinen Verlassenschaftsvermögens herauszugeben. Wird auf den Wortlaut und Sinn dieser Erklärung hingesehen, wird auf die weitere Bestimmung des Absatzes 5 Bedacht genommen, wonach sich beide Theile

bevorhalten, einander durch Testament oder anderweitige letztwillige Anordnung mit Mehrerem zu bedenken, und wird endlich erwogen, dass dem Erbvertrage der Charakter eines Vertrags überhaupt innewohne und dass in § 914 bGb. § 6 bGb. berufen sowie auch verordnet erscheint, dass ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden soll, dass er keinen Widerspruch enthält und von Wirkung sei, so wird wird wohl nicht bezweifelt werden können, dass es in dem Willen der Compaciscenten gelegen war, dem überlebenden Ehegatten, im Falle einschliesslich der ausserehelichen Kinder bei dem Ableben eines Ehetheils eines oder zwei Kinder am Leben sein sollten, ein Viertel, im Falle drei oder mehrere Kinder am Leben sein sollten, nichts, und im Falle kein Kind vorhanden wäre zwei Drittel des reinen Nachlasses des verstorbenen Ehegatten zuzuwenden. Da aber der § 1249 bGb. zur Giltigkeit eines Erbvertrags festsetzt, dass derselbe mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werde; da es weiters nach § 553 bGb. das wesentliche Erfordernis der inneren Form ist, dass im Testamente ein Erbe, also im Erbvertrage der überlebende Ehegatte als Erbe eingesetzt werde; da es weiters nicht angeht, das Erfordernis der Annahme des Versprechens im Sinne des § 863 bGb. aus der Thatsache der Unterfertigung des Erbvertrags seitens beider Compaciscenten zu folgern, weil § 1269 bGb., wie erwähnt, die Erfordernisse des schriftlichen Testaments normiert, hiezu bei allographen letzten Willenserklärungen gemäss § 579 bGb. die eigenhändige Fertigung seitens des Erblassers requiriert ist und dessenungeachtet § 1249 ibid. die Annahme des Versprechens, also eine ausdrückliche verlangt; da endlich in der Urkunde C ein Verzicht auf den Widerruf nicht vorkommt — so kann in der Urkunde C ein giltiger Erbvertrag nicht gefunden werden. Allein es steht nichts entgegen, diese Urkunde als ein wechselseitiges Testament anzusehen, weil es gemäss §§ 583 und 1248 bGb. den Ehegatten gestattet ist, in einem und demselben Testamente sich gegenseitig oder auch andere Personen als Erben einzusetzen. Bezüglich der Kinder ist aber in der Urkunde C eine Erbseinsetzung und keineswegs ein blosser Auftrag an den überlebenden Ehegatten im Sinne der §§ 709 und 710 bGb. zu finden, weil in dem Absatze 2 und 3 der Ausdruck „als Erbschaft“, im Absatze 4 der Ausdruck „miterben“ gebraucht erscheint, nach § 655 bGb. auch bei letztwilligen Anordnungen die Worte in ihrer gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen sind und die Erwähnung der überlebenden Ehegatten damit zu erklären ist, dass, wie eingangs dieser Gründe hervorgehoben werde, eine allgemeine Gütergemeinschaft zu Recht bestand. Ist aber die Urkunde C nicht als Erbvertrag, sondern als wechselseitiges Testament giltig, dann entfällt die aus der Ungiltigkeit von Einkindschaftsverträgen im Sinne des § 1259 bGb. erhobene Einwendung. Es erübrigt somit nur der im Processe aus der Bestimmung des § 873 bGb., in der Appellation aus den Bestimmungen der §§ 570 und 572 bGb. abgeleitete nnd auf den Taufschein H fundierte Anfechtungsgrund. Dieser Anfechtungsgrund ist der wichtigste, weil der Gekl. die Klagebehauptung dass der einzige Grund, warum M und U den Vertrag eingingen, darin gelegen gewesen sei, dass M den Gekl. für sein ausserehelich erzeugtes Kind angesehen habe, nicht widersprochen hat und weil es in dem Taufschein heisst, „dass W, Lieutenant im k. k. Feuerwerkercorps, sich in Gegenwart der Zeugen X und Y als Vater des B erklärt habe.“ Es mag immerhin zugegeben werden, dass nicht vermutet werden kann, dass der Seelsorger sich bei Eintragung in das Taufbuch eine Ordnungswidrigkeit zu Schulden kommen liess, und dass etwaige Ordnungswidrigkeiten nicht im Wege der Einwendung im Civilprocesse geltend zu machen sind, sondern dass hierüber der Ausspruch der administrativen Behörde zusteht. Anderseits ist aber nicht ausser Acht zu lassen, dass zur Prüfung der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde, als welche sich ein Taufschein nach dem Hfd. vom 15. Jänner 1787 (JGS 621 lit. ff. [Geller Justizges., 3. Aufl., IV Nr. 181]) darstellt, gemäss § 111 aGO. die Gerichte berufen sind. In dem vorgelegten Taufscheine kommt nicht vor, dass die Mutter des Gekl. bezüglich der Einschreibung des väterlichen Namens in das Taufbuch eine Angabe gemacht habe. Der Mutter dieses Kindes wird nur insoferne erwähnt, als es in der Rubrik „Mutter, Name, Religion, Abstammung“ heisst: Angeblich Crescentia W, ledig, Dienstmagd, katholisch. Aus der Bestimmung des § 164 bGb. geht hervor, dass die Angabe der Mutter ebenso Requisit der Einschreibung des väterlichen Namens

in das Tauf- und Geburtsbuch sei, als die qualificierte Einwilligung des bekannten aussereheliehen Vaters. Vergebens will die Appellation aus der Entstehungsgeschichte des § 164 bGb. nachweisen, dass die Angabe der Mutter nicht nothwendig sei, weil sich diese Notwendigkeit auch aus späteren, dem bürgerlichen Gesetzbuche nachgefolgten gesetzlichen Bestimmungen ergiebt. Die mit dem Hfkzd. vom 21. Oct. 1813, Z. 16350, erlassene Instruction für die Seelsorger und Führer der Geburtsbücher (Geller Justizges., 3 Aufl., IV Nr. 187) verordnet, dass der von der Mutter angegebene uneheliche Vater in das Taufbuch nicht eingetragen werden darf, wenn er nicht selbst mit zwei Zeugen bei dem Seelsorger erscheint und die Eintragung seines Namens in das Geburtsbuch verlangt, worauf sohin auf die in der Verordnung vom 20. Febr. 1784 (ibid. Nr. 180) und dem Patente vom 16. Oct. 1777 vorgeschriebene Art, dessen Namen in das Geburtsbuch aufzunehmen ist. Das Hfd. vom 13. Jänner 1814, Z. 238 (ibid. Nr. 188), bestimmt, dass die mit dem Hfkzd. vom 21. Oct. 1813, Z. 16350, verordnete Sicherheit über den wahren Namen der Kindesmutter dann entbehrlich sei, wenn dieselbe die uneheliche Geburt ihres Kindes eingesteht, und wenn zugleich kein Anspruch auf die Einschreibung des Namens des Vaters dieses unehelichen Kindes gemacht wird. Es spricht sogar der Umstand, dass in dem Taufscheine dem Namen der Mutter das Wort „angeblich“ vorgesetzt ist, dagegen, dass die Mutter des Kindes eine Angabe bezüglich des Vaters des Kindes gemacht habe. Hieraus geht zur Genüge hervor, dass so wie die blos einseitige Angabe der Mutter, dass Dieser oder Jener Vater des Kindes sei, von keiner Rechtswirkung ist, so auch umgekehrt die einseitige Erklärung jemandes, das ist ohne von der Mutter namhaft gemacht worden zu sein, dass er Vater des Kindes wäre, von keiner Wirkung sei und erledigt sich somit die von der Appellantin gemachte Hinweisung auf das aussergerichtliche Geständnis des Lieutenants W und die Bestimmung des § 163 bGb.

89.

Passivlegitimation des wenn auch irrtümlich erbserklärten Gatten des Erblassers für Schuldklagen gegen die Verlassenschaft.

(E. 13. März 1888, Z. 2683.)

A hatte gegen die Witwe X, welche sich zum Nachlasse ihres Gatten X erbserklärt hatte und deren Erklärung unter gleichzeitiger Aufforderung der Intestaterben zur Erbserklärung angenommen worden war, aus einem Wechsel des Erblassers die Zahlungsauflage erwirkt, welche aber über Einwendung der X in den Vorinstanzen aufgehoben wurde, weil der Witwe blos der Fruchtgenuss eines Vierteltheils der Verlassenschaft zusteht, sie kein Erbe des X sei und ihre aus Unwissenheit des Gesetzes überreichte Erbserklärung offenbar aus Versehen zu Gericht angenommen wurde, und in der Erwägung, dass auch im Falle, wenn die Erbserklärung der Witwe X gegenüber den Gläubigern des X rechtsgiltig wäre, A eine Zahlungsauflage vor der Einantwortung des Nachlasses gegen die Gesammtheit der Erben oder gegen die Nachlassmasse des X hätte ansuchen und erwirken sollen (§§ 802, 797 bGb.).

Der OGH. hielt die gegen die Witwe X erlassene Zahlungsauflage mit der Berichtigung aufrecht, dass die Wechselsumme die Nachlassmasse des X zu bezahlen habe; in Erwägung, dass die Kl. mit dem gerichtlichen Bescheide vom 25. Jänner 1887 und der Abschrift des Protokolls der Erbserklärung der Witwe X nachgewiesen hat, dass dieselbe eine Erbserklärung zum Nachlasse nach X auf Grund der gesetzlichen Erbfolge mit der Rechtswohlthat des Inventars eingebracht hat und dass diese Erbserklärung zur Gerichtswissenschaft genommen worden ist; dass die Kl. auf die oberwähnte Art den Anforderungen des Hfd. vom 19. Jän. 1790 (JGS. 1094) Genüge gethan und die passive Klagslegitimation bezüglich der Belangten hinlänglich nachgewiesen hat. Die Aufrechthaltung des Zahlungsauftrags muss jedoch mit Rücksicht auf die Art. 21, 23 u. 81 WO. und § 547 bGb. mit der Berichtigung über die Zahlungspflicht der Nachlassmasse des X und nicht der Witwe X ausgesprochen werden.

B. Handels- und Wechselrecht.

90.

Editionspflicht eines Kaufmanns (Creditinstituts) hinsichtlich einer Urkunde über die Rechtsverhältnisse seiner Angestellten (Pensionsstatut)?

(E. 9. Sept. 1886, Z. 9456.)

In der Verhandlung über die Klage der Witwe des A gegen das Creditinstitut B auf Entrichtung einer Witwenpension aus Anlass des Ablebens ihres bei dem gekl. Creditinstitute als Privatbeamte angestellt gewesenen Mannes begehrte B die Vorweisung der Urschrift des der Klage abschriftlich allegierten Pensionsstatuts und, da diese nicht erfolgte, die Nichtberücksichtigung des letzteren, wogegen A den Auftrag an B zur Vorlegung des Originals des Pensionsstatuts nachsuchte. Dem ersteren Begehren wurde stattgegeben, der Antrag der A abgeschlagen, vom OGH. in der Erwägung, dass die Analogie auf die Bestimmungen der kais. Vdg. v. 28. Oct. 1865 (RGB. 110), wodurch die Anstalten, welche Creditgeschäfte betreiben, Ausnahmen von den allgemeinen Justizgesetzen gewährt werden, namentlich der Art. II der bezogenen Verordnung über die den Büchern dieser Anstalten zugestandene Beweiskraft in der vorliegenden Rechtssache nicht zutreffend ist, daher auch das Begehren, damit die belangte Anstalt im Sinne des Art. 37 des Hgb. zur Vorlegung ihrer Bücher, resp. des Pensionsstatuts verhalten werde, nicht gerechtfertigt ist. Ebensowenig findet die Behauptung der Kl., dass das abschriftlich vorgelegte Statut eine der bekl. Gesellschaft und ihrem verstorbenen Gatten, von dem sie das Recht auf eine Pension ableitet, gemeinschaftliche Urkunde sei, durch welche die gegenseitigen Rechte und Pflichten begründet werden, in dem Inhalt der Klage und der angeschlossenen Urkunden eine Stütze.

91.

Unzulässigkeit des Auftrags zur Büchervorlage an einen nicht registrierten Kaufmann.

(E. 7. Nov. 1888, Z. 13010.)

Der erstr. Auftrag wurde in den oberen Instanzen behoben, vom OGH. mit der Begründung, weil der begehrte Auftrag an den Gekl. nur dann gerichtet werden könnte, wenn dieser zur Zeit des Abschlusses des in Frage stehenden Geschäfts zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet gewesen wäre, die Voraussetzungen für den Bestand einer solchen Verpflichtung aber im gegenwärtigen Falle nicht dargethan sind.

92.

Veräusserung des für einen Dritten mit Beschlag belegten Speditionsguts durch den Spediteur: Voraussetzung und Umfang des Entschädigungsanspruchs des Dritten an den Spediteur.

(E. 4. Jän. 1889, Z. 19349.)

Die Klage wurde vom 1. R. schlechthin, in den oberen Instanzen nur für derzeit abgewiesen, vom OGH. aus folgenden Gründen: Wie nicht bestritten, hat der Kl. A durch den Bescheid vom 17. April 1878 zur Sicherung der Forderung an den Holzhändler C im Betrage von 8744 fl. 45 kr. ö. W. das Verbot auf Bretter erwirkt, welche sich im Gewahrsam des Spediteurs B befanden. Nach dem Pfändungs- und Schätzungsprotokolle vom 18. Juni und 31. Juli belief sich die Zahl der Bretter, welche Gegenstand des Verbots waren, auf 8062 Stück. Auf Grund des U. vom 28. Juli 1878 wurde mit dem Bescheide vom 4. Juni 1879 für die obgedachte Forderung die executive Pfändung des mit Verbot belegten Holzes bewilligt, welches sich bei B befand, hierauf aber verführt worden; gepfändet und geschätzt wurden jedoch laut der Protokolle nur 1160 Bretter, die übrigen 6902 hat B, nachdem die Pfändung der anderen Bretter vollzogen war, weiter verkauft.

Nicht aufgeklärt ist, weshalb die Pfändung sich auf einen Theil der mit Beschlag belegten Bretter beschränkte. Auf die Frage, ob B ausser dem gesetzlichen Pfandrechte, wie der Gekl. behauptet, auch ein Conventionalpfandrecht an den verkauften Brettern hatte, braucht gegenwärtig nicht eingegangen zu werden. Schon aus dem Schreiben des Kl. vom 26. April 1878 geht das Anerkenntnis von seiner Seite, betreffend eine Forderung des B an C, hervor, hinsichtlich welcher B berechtigt war, sich aus den mit Verbot belegten Brettern Befriedigung zu verschaffen. Wegen der auf diese Waare bezüglichen Ansprüche stand ihm zufolge des Art. 382 Hgb. das gesetzliche Pfandrecht an derselben, mithin rücksichtlich der veräusserten Bretter das Verkaufsrecht zu (Art. 387, 375 Hgb.). Wie weit in dieser Beziehung seine Befugnisse reichten, ob nemlich der Verkauf nach Maassgabe des Art. 310 Hgb. zu erfolgen hatte, oder eine wirksame schriftliche Vereinbarung über den aussergerichtlichen Pfandverkauf erliege, daher B auch gemäss Art. 311 Hgb. das Speditionsgut zur Veräusserung zu bringen berechtigt war, oder ihm rücksichtlich des Verkaufs sogar noch ein weiteres Recht eingeräumt war und rechtskräftig zugestanden werden konnte, bedarf gleichfalls nicht einer Prüfung, weil selbst dann, wenn der Verkauf unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 Hgb. hätte vorgenommen werden müssen — also auch unter der dem Kl. günstigsten Voraussetzung — die angestellte Klage sich als nicht begründet erweisen würde. Wird nun vorausgesetzt, dass B zur Ausübung des Verkaufsrechts lediglich unter Beobachtung der Formvorschriften des Art. 310 Hgb. befugt war, und konnte in Anbetracht des von A erlangten Verbots und des vom Gerichte ihm eingeräumten Pfandrechts die Verpflichtung des Ersteren zur Rechnungsstellung sich ergeben, so war der Kl. allerdings berechtigt, B auf Rechnungslegung zu belangen, nicht aber war er hiezu verpflichtet, im Falle er den Umfang seiner Forderung auch ohne vorausgegangener Rechnungsablage vorzulegen vermag. Vor allem lag dem Kl. ob, darzuthun, dass für die Waare zur Zeit des von B vorgenommenen Verkaufs ein höherer Preis, als der von diesem erlangte, hätte erzielt werden können. Von dem nachgewiesenen höheren Preise, sonst von jenem, welchen der Verkäufer bezahlte, käme der Betrag der Forderung abzurechnen, bezüglich deren dem Verkäufer B das gesetzliche Pfandrecht nach Art. 382 Hgb. zustand, und blos in Betreff des allfällig erübrigenden Betrags könnte ein Ausspruch des Kl. in Frage kommen, falls seine durch das U. anerkannte Forderung nicht schon anderweitig vollständig getilgt wurde. Dagegen wird vom Kl. die vorerwähnte Forderung des B durchaus nicht in Rechnung gebracht und der Betrag des Werts, den seiner Ansicht nach das Holz hat, angesprochen. Die Möglichkeit, die Höhe der Forderung des Verkäufers ziffermässig zu ermitteln, liegt nicht vor und der obgedachte Preis des veräusserten Holzes kann als dargethan nicht erachtet werden. Der vom Kl. angetragene und vom Gerichte zugelassene Beweis durch Sachverständige hat den Wert des Holzes ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des stattgehabten Verkaufs zum Gegenstande, und aus dem Gutachten der Sachverständigen ist die Beachtung jenes Zeitpunkts nicht zu entnehmen; zudem ermangelt dasselbe einer entsprechenden Begründung, insbesondere sind darin die Momente nicht erwähnt, auf denen die Preisangaben beruhen. Nachdem somit schon unter den oben erwähnten, dem Kl. am meisten günstigen Voraussetzung die Feststellung eines Betrags, auf den er rechtlichen Anspruch hätte, nicht thunlich, läst sich in der Klageabweisung eine nach dem Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) zur Abänderung der Urtheile Anlass gebende Ungerechtigkeit nicht erkennen. Da jedoch dem Kl. ein Anspruch auf einen Theil der veräusserten Bretter zustehen könnte, war ihm die Geltendmachung desselben offen zu halten.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

93.

Passivlegitimation des Einzelnachfolgers des Pränotaten für die Vormerkungsrechtfertigungsklage.

Vgl. Bd. I Nr. 134. 193. 434; Bd. VI Nr. 280. 367.

(E. 28. Nov. 1888, Z. 13350.)

Gründe: Dass der Hypothekbesitzer auf Zahlung auch einer nur pränotierten Forderung geklagt werden kann, ist unzweifelhaft und findet sich im Hfd. vom 8. Oct. 1819 (JGS. 1611) auch ausdrücklich erwähnt. Der erste auf Zahlung des restlichen Waarenkaufschillings gerichtete Theil des Klagebegehrens kann daher nicht lediglich deshalb, weil angeblich der Bel., als dritten Hypothekbesitzerin, die Legitimation zur Vormerkungsjustificierung mangle, abgewiesen werden. Es kann aber auch der zweite Theil des Klagebegehrens, welcher auf Gerechtfertigthaltung der Vormerkung gerichtet ist, nicht aus dem Grunde des Mangels der passiven Legitimation der Belangten abgewiesen werden. In den Bestimmungen des bGb. findet sich für die Anschauung, dass ein bedingtes Pfandrecht nicht durch eine Erklärung des jeweiligen Pfandbesitzers in ein unbedingtes verwandelt werden könne, kein Anhaltspunkt. Wenn aber das GbG. im § 41 c statuiert, dass die Rechtfertigung der Vormerkung durch ein gegen jenen, wider den die Vormerkung erwirkt wurde, gefälltes U. erfolge, so ist damit noch keineswegs ausgesprochen, dass bezüglich der Rechtfertigung von Pfandrechtsvormerkungen immer und ausschliesslich nur gegen jene Person oder deren Universalrechtsnachfolger das U. erwirkt werden könne und müsse, wider welche die Vormerkung erwirkt wurde, und nicht auch gegen den jeweiligen Hypothekbesitzer, gegen welchen die Wirkung der Pfandrechtspränotation gerichtet ist, und welcher von der Rechtfertigung der Pränotation und der nachfolgenden Execution des Pfandguts am meisten betroffen wird. Es ist auch aus den §§ 45 und 46 des GbG. entnehmbar, dass dieses Gesetz in seinen von der Rechtfertigung handelnden Absätzen immer die Betheiligung im Auge hat, und wenn der § 45 des cit. Ges. dahin lautet, dass um die Löschung einer Vormerkung wegen unterbliebener Rechtfertigung jener ansuchen kann, gegen welchen die Vormerkung bewilligt wurde, so fand diese gesetzliche Bestimmung seine auch dem praktischen Bedürfnisse entsprechende Auslegung dahin, dass um diese Löschung auch vom Besitznachfolger des Pränotaten angesucht werden könne. Der Umstand, dass im Rechtfertigungsprocesse der Kl. auch die Richtigkeit der pränotierten Forderung zu erweisen hat, zwingt nicht zu jener am Wortlaute des § 41 GbG. strenge hängenden engen Auslegung, dass um Gerechtfertigthaltung einer Pfandrechtsvormerkung nur jene Person belangt werden könne und dürfe, wider welche die Vormerkung bewilligt wurde; denn ebenso wie in Fällen, in denen die Pfandrechtsvormerkung auf Grund einer von einem Dritten ausgestellten Pfandbestellungsurkunde bewirkt wurde, die Rechtfertigungsklage nicht gegen den Personalschuldner, sondern gegen den Hypothekbesitzer gerichtet werden muss, und letzterer, falls er es nötig findet, den Personalschuldner als Vertretungsleister beiziehen kann, ist auch in Fällen, wo infolge von Besitzveränderungen nicht mehr jener der Hypothekbesitzer ist, welcher das Pfandrecht einräumte, der auf Pfandrechtsvormerkungsjustificierung belangte dritte Hypothekbesitzer den Personalschuldner als Vertretungsleister beizuziehen in der Lage. Auch wird es immerhin entsprechender sein, jenen zur Vormerkungsgerechtfertigthaltung zu verurtheilen, der das mit der Vormerkung belastete Reale besitzt, als jenen, dem das Pfandobject schon längst nicht mehr gehört. Wenn im vorliegenden Falle der Ehegatte der bel. Hypothekbesitzerin, welcher betreffs der hier fraglichen von seinen Eltern herrührenden Waarenschuld jedenfalls als deren Pflichtnehmer und daher als Personalschuldner anzusehen ist, in der Duplik dem Streite beizutreten erklärte, von der Bel. nur unter Verwahrung gegen jede hieraus etwa für den Kl. günstige Folge als Vertretungsleister beigezogen worden ist, so hat sie sich es selbst zuzuschreiben, wenn sie sich etwa durch dieses ihr Verhalten in die Unmöglichkeit versetzte, die Liquidität der Forderung ausreichend zu bekämpfen oder deren bereits erfolgte Tilgung zu erweisen.

94.

Unanfechtbarkeit der rechtskräftig bewilligten Pfandrechtsvormerkung im Rechtfertigungsprocesse wegen Mängel der Pfandbestellungsurkunde.

(E. 7. Nov. 1888, Z. 11717.)

A hatte auf Grund einer Schuldurkunde des B, in welcher die Angabe der causa obligandi fehlte, die Pfandrechtsvormerkung für eine Forderung von 500 fl. auf eine Liegenschaft des B erwirkt und hierauf den B auf Zahlung von 433 fl. 28 kr. und Gerechtfertigthaltung der Vormerkung belangt. Der 1. R. erkannte unbedingt und ganz nach dem Klagebegehren. Das OLG. verurtheilte den B zur Zahlung von 112 fl. unbedingt, dagegen des Restes von 321 fl. 28 kr. nur bedingt und wies das Begehren um Rechtfertigung der Pfandrechtsvormerkung ab. Der OGH. erkannte auch die Pfandrechtsvormerkung u. zw. hinsichtlich des Theilbetrags von 112 fl. unbedingt, hinsichtlich des Restes von 321 fl. 28 kr. bedingt für gerechtfertigt. Gründe: Was das kl. Begehren anbelangt, es sei die auf Grund des Schuldscheins vom 6. Febr. 1887 bei der vollzogenen Pränotation bezüglich des Verrechnungsbetrags per 433 fl. 28 kr. sammt 6 Percent Zinsen gerechtfertigt, so hat das OLG. dieses Begehren mit der Motivierung abgewiesen, dass der bezogene Schuldschein, nachdem er keinen giltigen Rechtstitel enthält, was auch vom Gekl. eingewendet wurde, gemäss § 26 GbG. nicht geeignet ist, als Grundlage einer bücherlichen Vermerkung zu dienen. Allein, wenn es auch dem Gekl., obwohl er den Vormerkungsbescheid im Recurswege nicht angefochten hat, nach Zulass des § 42 GbG. freistand, im Rechtfertigungsprocesse alle seine Einwendungen gegen den Bestand des bücherlichen Rechts anzubringen, so kann doch durch die von ihm in der Einrede erhobene, wenn auch begründete Einwendung allein, nemlich dass auf Grund des Schuldscheins vom 16. Febr. 1887, weil derselbe einen giltigen Rechtsgrund nicht enthält, die Vormerkung des Pfandrechts nicht hätte bewilligt werden sollen, die vollzogene Pfandrechtsvormerkung noch nicht als beseitigt angesehen werden. Die bezogene Bestimmung des § 42 GbG. will vielmehr nur besagen, dass der Kl. aus der in Rechtskraft erwachsenen Pränotation nicht etwa für sich die Folgerung ableiten könne, es seien nun auch alle jene Bedingungen als erwiesen zu halten, welche vom Gesetze zur Bewilligung der Vormerkung gefordert werden, sondern dass Kl. trotz der rechtskräftig vollzogenen Vormerkung des Pfandrechts die Richtigkeit seiner Forderung, sowie auch den Rechtsgrund zur Erwerbung des Pfandrechts und dessen Umfang darzuthun verpflichtet ist. Nun hat das OLG. den Rechtsgrund der Forderung bezüglich des Theilbetrags per 112 fl. als erwiesen angenommen, und stellt der Kl. durch die im o. g. U. zugelassenen Eide den Beweis darüber her, dass die Streittheile über alle vom Kl. angführten Geschäfte am 16. Febr. 1887 die Verrechnung gepflogen haben, und dass Gekl. hiebei ausdrücklich anerkannt hat, dem Kl. den Verrechnungsbetrag von 500 fl. schuldig zu sein, so wird auch für den Restbetrag der kl. Forderung per 321 fl. 28 kr. sammt Zinsen der in der Abrechnung und Schuldanerkennung bestehende giltige Rechtsgrund erwiesen sein. Der Rechtsgrund zur Erwerbung des Pfandrechts aber liegt in der im Schuldscheine vom 16. Febr. 1887 enthaltenen Pfandbestellung, welche der Gekl. gemäss § 113 aGO. gegen sich gelten lassen muss, da er unwidersprochenermaassen dieses Document unterzeichnet und seine Einwendung, dass er sich hiebei im unzurechnungsfähigen Zustande befunden habe, nicht erwiesen hat. Es muss demnach die Pfandrechtsvormerkung bezüglich des Theilbetrags per 112 fl. der kl. Verrechnungsforderung unbedingt, bezüglich des Restbetrags per 321 fl. 28 kr. aber bedingt als gerechtfertigt angesehen werden.

D. Civilprocess.

95.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Unzuständigkeit der Gerichte für Besitzstörungsklagen wegen Vornahme von Vorarbeiten zum Eisenbahnbau auf fremden Grundstücken.

(E. 23. Nov. 1887, Z. 12758.)

Die vom 1. R. zugelassene Besitzstörungsklage wurde in den oberen Instanzen als vor die Verwaltungsbehörde gehörig abgewiesen, vom OGH. aus folgenden Gründen: Denn sobald mit der Concessionsurkunde v. 4. Juli 1886 (RGB. 102) der geklagten priv. Kaiser Ferdinands-Nordbahn die Bewilligung zum Baue der Localbahn Bielitz-Wadowice—Kalworya und vom Handelsministerium am 28. Aug. 1885, Nr. 29699, die Bewilligung zur Vornahme der Vorarbeiten für diese Bahn ertheilt worden ist, so war auch die Bauleitung der concessionierten Bahn im Sinne des § 42 des Expropriationsges. v. 18. Febr. 1878 (RGB. 30) berechtigt, den Grund der Kläger zum Zwecke der Vorarbeiten für die Anlage dieser Bahn zu betreten und auf demselben die zur Vorbereitung des Bauprojects erforderlichen technischen Arbeiten vorzunehmen, rücksichtlich in dem concreten Falle die Lichtung des klägerischen Waldes in der Richtung der Bahnaxe durchzuführen, um die definitive Strasse ausstecken zu können. In der Erwägung, dass diese Berechtigung nicht auf einem privatrechtlichen, sondern auf einem Titel des öffentlichen Rechts beruht, weil der streitige Gegenstand durch das bezogene Expropriationsgesetz dem öffentlichen Zwecke dienstbar geworden ist, sowie in Erwägung, dass der § 42 des bezogenen Expropriationsgesetzes alle Streitigkeiten, sowie das ganze Verfahren anlässlich der Vornahme der Vorarbeiten, noch insbesondere ausdrücklich der Entscheidung der politischen Bezirksbehörde vorbehalten hat und die gerichtliche Ingerenz selbst für den Fall, wenn der Betheiligte speciell von der Absicht der Bauleitung, auf dem Grunde des Betheiligten Arbeiten vorzunehmen, nicht verständigt wurde, nicht zulässt, — so war die o. g. E. als gesetzlich begründet aufrecht zu erhalten.

96.

Wirkung der Streiteinlassung bei gleichzeitiger Erhebung der exceptio fori: Entscheidung in der Hauptsache nach vorgängiger Zurückweisung der exceptio.

(E. 23. Jän. 1889, Z. 720.)

Nachdem der Gekl. in der Einrede trotz der erhobenen exceptio fori in der Hauptsache Rede und Antwort gegeben hatte und sohin in den Processschriften sowohl über diese Einwendung als auch zugleich in der Hauptsache verhandelt worden war, erkannte der 1. R. vorerst über die Einwendung, indem er dieselbe verwarf, und behielt sich die Entscheidung in der Hauptsache nach eingetretener Rechtskraft dieses Interlocuts vor. Das OLG. eliminierte diesen Vorbehalt aus dem U. Gründe: Insoferne mit dem erstr. U. die erhobene Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichts zurückgewiesen wurde, liegt von keiner Seite eine Appellationsbeschwerde vor, und hat in diesem Punkte das erstr. U. gemäss § 258 aGO. unberührt zu bleiben. Die Beschwerde richtet sich nur dagegen, dass in dem Urtheilsenunciate ausgesprochen wurde, es werde nach eingetretener Rechtskraft dieses U. über das in dieser Klage gestellte Begehren auf Grund der inrotulierten Acten erkannt werden. Diese Beschwerde muss als gegründet angesehen werden. Da der Rechtsstreit nach dem schriftlichen Verfahren durchgeführt worden ist, war die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichts abgesondert von den Einwendungen in der Hauptsache zu erheben und war, wenn trotzdem der Gekl. auch in dieser Richtung Einwendungen erhoben hat, der Kl. nicht verpflichtet, darauf Rede und Antwort zu geben, und waren die diesfälligen Ausführungen weiter nicht zu beachten, wie dies aus der Bestimmung des § 41 aGO. sich ergiebt, nach welcher für den Fall der Verwerfung der Einwendung der Unzuständigkeit der Gekl., vom Tage des ergangenen Spruchs an zu rechnen, noch

die ganze Frist zur Erstattung der Einrede hat. Es ergiebt sich dies aber auch aus dem Entgegenhalte der für das mündliche Verfahren geltenden Bestimmung, wonach eine sofortige Verhandlung auch in der Hauptsache wohl möglich ist, und nur der Ausspruch in der Hauptsache auf sich zu beruhen hat (Hfd. vom 11. Sept. 1794 (JGS 193). Es war daher der Beisatz: „es wird nach eingetretener Rechtskraft dieses U. über das in dieser Klage gestellte Begehren auf Grund der inrotulierten Acten erkannt werden“ — in das Urtheilsenunciat nicht aufzunehmen gewesen und wurde derselbe aus demselben ausgeschieden.

Der OGH. fand das erstr. U. wiederherzustellen. Gründe: Belangend die Frage, ob nun sofort mit dem Spruche in der Hauptsache vorzugehen, oder aber in der Hauptsache vorerst zu verhandeln sei: so ist es wohl richtig, dass im schriftlichen Verfahren nach § 41 aGO. der Gekl., dessen abgesonderte Incompetenzeinwendung verworfen ist, vom Tage des diesfalls ergangenen Spruchs noch die ganze Frist zur Erstattung der Einrede hat. Daraus folgt jedoch blos, dass der Gekl. mit der Incompetenzeinwendung seine Einrede nicht zu verbinden braucht, nicht aber auch, dass er dies nicht thun darf. Nun hat im vorliegenden Falle die Zweitgekl., welche allein auf die Klage Rede und Antwort gegeben hat, mit der Einwendung der Incompetenz zugleich die Einrede erstattet; es stände daher durchaus nicht im Einklange mit der Actenlage, ihr noch einmal die Einrede abzufordern. Da ferner auch der Kl., welcher sich allerdings hätte auf die Erörterung der Competenzfrage beschränken können, die Einrede bereits beantwortet und seine Replik in der Hauptsache erstattet, ja in derselben Beweise angeboten hat, welche nur die Hauptsache betreffen, da endlich über die Replik von der Zweitgekl. bereits auch die Duplik erstattet wurde: so kann von einem weiteren Verfahren in der Hauptsache keine Rede mehr sein, und ist somit allerdings nur mit der Schöpfung des U. über die bereits verzeichneten Acten in der Hauptsache vorzugehen. Es ist daher der erstr. Spruch wiederherzustellen.

97.

Unzulässigkeit der gerichtlichen Expensenbestimmung gegen den Advocaten auf Einschreiten des Clienten.

(E. 16. Oct. 1888, Z. 12.092.)

Dem Gesuche des Clienten B um Festsetzung der ihm in den vorgelegten Noten von seinem Vertreter A verrechneten Expensen widersetzte sich Letzterer, weil seine Rechnung in der Voraussetzung, dass B in Güte zahlen werde, in einzelnen Ansätzen so mässig gehalten wurde, dass sie dem B beinahe geschenkt seien; er legte deshalb neuangefertigte Kostenverzeichnisse vor und bat auf Grundlage der letzteren mit der Kostenadjustierung vorzugehen. Vom 1. R. wurden die von A bei der Verhandlung vorgelegten Kostenverzeichnisse gerichtlich adjustiert und ausgesprochen, dass die von B vorgelegten Expensnoten mit Rücksicht auf ihre Form zu einer gerichtlichen Kostenfestsetzung nicht geeignet seien. Das OLG. verordnete dem 1. R., absehend von dem gebrauchten formellen Abweisungsgrund über das Gesuch des B auf Grundlage der vorgelegten Expensnoten dem Gesetze gemäss zu entscheiden; in Erwägung, dass das Ansuchen des B um gerichtliche Festsetzung der in den von seinem Rechtsfreunde Dr. A erhaltenen Expensnoten ihm aufgerechneten Vertretungskosten der Bestimmung des § 425 aGO. entspricht, dass aber auch die Form dieser beiden Expensnoten einer gerichtlichen Festsetzung der aufgerechneten Kosten nicht im Wege steht, indem weder der Umstand, dass die Kostenliquidation bezüglich der einzelnen Rechtsstritte in den beiden Expensnoten getrennt vorkommt, noch jener, dass dieselbe nur bis zum Datum jeder einzelnen Note fortgeführt ist, eine gerichtliche Adjustierung dieser Kostenansätze behindert; dass demnach die Opposition des Dr. A dagegen, dass diese von ihm selbst verfassten Expensnoten zur Grundlage der gerichtlichen Festsetzung genommen werden, nicht gerechtfertigt ist, da es ihm ja unbenommen bleibt, wegen seiner etwa noch weitergehenden Ansprüche von dem ihm gemäss § 19 AdvO. zustehenden Rechte Gebrauch zu machen, dass demnach der angef. Bescheid als eine Erledigung des Ansuchens des B nicht anzuerkennen ist.

Der OGH. fand die o. g. E. aufzuheben und dem OLG. aufzutragen, den von B gegen die erstr. Kostenbestimmung überreichten Recurs der meritorischen Erledigung zuzuführen, weil die nach dem Hfd. v. 4. Oct. 1833 (JGS. 2633) vorzunehmende Liquidierung der Ansprüche eines Advocaten überhaupt nur über Begehren eines Advocaten, nicht aber über Begehren eines Clienten desselben stattzufinden hat, weil das Gericht nicht berufen ist, eine der nach § 19 der AdvO. dem Ausschusse der Advocatenkammer zugewiesenen Mission ähnliche Function auszuüben, weil es an jedem gesetzlichen Grunde fehlt, die Prüfung der vom Beschwerdeführer vorgelegten Expensare, beziehungsweise die Ueberprüfung der von der ersten Instanz vorgenommenen Liquidierung zu verweigern, und weil ein solcher Grund insbesondere darin nicht erblickt werden kann, dass der Beschwerdeführer seine Expensare bei einer über Ansuchen seines Clienten angeordneten Tagfahrt derselben vorgelegt und dadurch die sofortige Erörterung seiner Ansprüche ermöglicht hat.

98.

Legung einer bei der Recognoscierungstagsatzung nicht vorgewiesenen und deshalb aus dem Processtoffe ausgeschiedenen Urkunde zu einer späteren Processchrift.

(E. 12. Mai. 1881, Z. 4388.)

In einem Rechnungsprocesse hatte der Gekl. in der Einrede (Erläuterungen) einen Gesellschaftsvertrag als Beweismittel allegiert. Bei der auf Begehren des Kl. angeordneten Recognoscierungstagsatzung vermochte er aber die Urschrift des Vertrags nicht vorzuweisen, weshalb Kl. gegen die Legung und Berücksichtigung desselben bei Erledigung des Processes protestierte. In seinen Supererläuterungen legte nun Gekl. den Vertrag neuerlich vor und suchte gleichzeitig um Bewilligung zur Beibringung dieser Neuerung an, wobei er sich darauf stützte, dass er nicht wusste, wo das Original des Vertrags sich befand, wohl aber vermutete, das es sich in den Acten eines früheren vor einem anderen Gerichte anhängigen Rechtsstreits befinde, was aber laut Bescheides jenes Gerichts nicht der Fall war. Infolge dessen geriet er auf die Idee, der Vertrag dürfte sich in Händen des Erben eines früheren Gesellschafters befinden, was auch thatsächlich der Fall war. Allein er habe den Vertrag erst nach wiederholter Urgierung und nach Ablauf der Recognoscierungstagfahrt erhalten.

In erster Instanz wurde das Begehren abgewiesen, weil Gekl. von dem Beweismittel des Vertrags bereits in der Einrede Gebrauch gemacht hat, daher dieses Beweismittel nicht ein n e u e s genannt und die Beibringung desselben in den Supererläuterungen (Duplik) nicht als Neuerung im Sinne des § 53 und 54 aGO. behandelt werden kann; und weil gegen die Ansicht, dass es gestattet sein muss, von einem Beweismittel, welches dem Beweisführer früher nicht zu Gebote stand, sobald er es erhält, in jedem Processtadium Gebrauch zu machen und dasselbe in einer späteren Schrift als Neuerung beizubringen, der § 126 aGO. spricht.

Das OLG. bestätigte dieses U. aus dessen Gründen und in der Erwägung, dass die ausnahmslose Bestimmung des § 126 aGO. illusorisch sein würde, wenn es der Partei gestattet wäre, eine zur Recognoscierung nicht beigebrachte Originalurkunde nachträglich im Wege des Neuerungsverfahrens zu den Acten zu bringen, und weiters, dass selbst in dem Falle, als man der Anschauung des Kl. beitreten und das Original des Vertrags als ein n e u e s Beweismittel betrachten wollte, das vorliegende Neuerungsbegehren deshalb nicht gerechtfertigt erscheine, weil der Kl. nicht dargethan hat, dass er ohne sein Verschulden nicht in der Lage war, sich rechtzeitig das Original des Vertrags zu verschaffen, ja im Gegentheile aus der Thatsache, dass sich Kl. bereits in seiner Eingabe vom 23. Sept. 1877 auf diesen Vertrag berufen, dass er ferner nach seiner eigenen Angabe erst einige Tage vor der Recognoscierungstagfahrt Schritte zur Auffindung des Originalvertrags unternommen hat, deutlich hervorgeht, dass die frühere Nichtauffindung dieses Originals nur der eigenen Nachlässigkeit des Kl. zuzuschreiben ist, weshalb er auch mit Grund nicht behaupten kann, er habe diese Urkunde nicht geflissentlich verschwiegen.

Der OGH. bewilligte die Legung. Gründe: Der Gekl. hat, wie nicht bestritten ist, mit den Erläuterungen, die er über die vom Kl. erstatteten Mängel einbrachte, den Gesellschaftsvertrag vom 24. Aug. 1855 als Beweismittel vorgelegt, jedoch das Original dieser Urkunde bei der Tagsatzung vom 17. März 1880 nicht vorgewiesen, weshalb dieser gegen die Legung der gedachten Urkunde und deren Berücksichtigung bei Erledigung des Processes Einsprache erhoben. Aus dem Gesuche des Gekl. vom 11. März 1880, dem hierüber ergangenen Bescheide des BG. N und aus dem Schreiben vom 20. April 1880 ergiebt sich, dass Gekl. nicht allein bei Ueberreichung der Erläuterungen, sondern auch am Tage der Recognoscierungstagsatzung das Original des Vertrags weder besessen noch sich dessen bedienen konnte. Da nun Gekl. in den Erläuterungen von dem gedachten Beweismittel Gebrauch nicht machen konnte, dasselbe geflissentlich nicht verschwiegen, jenes Beweismittel aber nach der Recognoscierungstagfahrt aufgefunden wurde, so muss ihm das Rechtsmittel zu Gebote stehen, vermöge dessen ein in der Einrede (Erläuterungen) nicht benutztes Beweismittel noch in der Duplik rechtswirksam beigebracht werden kann (§ 54 aGO.) Selbstverständlich bleibt der Gegenpartei nach § 125 aGO. das Recht vorbehalten, die gerichtliche Einsicht der Urkunde zu verlangen. Die in Beschwerde gezogenen, der angesuchten Rechtswohlthat nicht stattgebenden Urtheile entsprechen sohin nicht dem Gesetze.

99.

Delegierung des um die Beweisaufnahme angegangenen Gerichts zur Bestellung der Sachverständigen.

(E. 13. Nov. 1888, Z. 13.041.)

Aus Anlass eines negativen Competenzconflicts zwischen dem KG. B und dem (in einem anderen OLG.-Sprengel gelegenen) BG. P wegen Benennung der Sachverständigen hat der OGH. auszusprechen befunden, dass zur Benennung der Sachverständigen das BG. P berufen sei. Gründe: Mit dem nicht in Beschwerde gezogenen Bescheide vom 11. Juli 1888 hat das KG. B den vom Kl. angebotenen Beweis durch Sachverständige über die klägerischerseits behauptete Qualität des dem Gekl. gelieferten Hopfens zugelassen und ohne vorherige Anordnung einer Tagfahrt zur Wahl der Sachverständigen beide Streittheile verständigt, dass unter einem das BG. P angegangen werde, den zugelassenen Augenschein und Sachverständigenbeweis vorzunehmen. Hierin muss die nach § 11 JN. nicht unzulässige, in Rechtskraft erwachsene Delegierung des BG. P zur Vornahme der in dieser summarisch verhandelten Rechtssache gemäss § 42 des Hfd. v. 24. Oct. 1845 (JGS. 906) der Aufnahme des zugelassenen Beweises notwendigerweise vorangehenden Wahl der Sachverständigen gefunden werden, weshalb dieses Gericht auch mit der E. über die diesfälligen Anträge der Streittheile vorzugehen hat, wozu es auch in der Lage ist, da der Beweissatz in dem oben citierten Bescheide genau präcisiert ist. y.

100.

Unzulässigkeit der Eideszuschiebung über den Inhalt und Bestand eines Pensionsstatuts.

(E 20. Oct. 1887, Z. 7422.)

In dem oben unter Nr. 90 mitgetheilten Falle wies der 1. R. die Klage ab. Das OLG. dagegen erkannte bedingt nach dem Klagebegehren, wenn die Kl. durch den aufgetragenen rückschiebbaren Haupteid erweist, dass das von ihr der Klage in Abschrift beigeschlossene Pensionsstatut thatsächlich für die Anstalt und deren Angestellte zu Recht besteht, durch den Aufsichtsrat der Anstalt am 25. Nov. 1870 bestätigt wurde und ihr verstorbener Gatte bei der gekl. Anstalt durch 16 Jahre als Beamter in Diensten stand und einen Jahresgehalt von 1200 fl. ö. W. bezog.

Der OGH. bestätigte jedoch das erstr. U. in Erwägung, dass der Bestand des von der Kl. vorgelegten Pensionsstatus in einfacher Abschrift geklagterseits

bestritten wurde, die Kl. das Original desselben vorzulegen nicht vermochte und solches zufolge übereinstimmender Entscheidungen aller drei Instanzen als nicht vorgewiesen erklärt worden ist, weshalb es auch an der allein geeigneten Grundlage zur Beurtheilung der Rechtmässigkeit des Pensionsanspruchs gebricht; zumal der Inhalt und Bestand eines Pensionsstatuts sich durch den Haupteid nicht erweisen lässt und hier ein Fall nicht vorliegt, in welchem nach § 204 der wGO. der Partei gestattet ist, den Inhalt einer Urkunde durch den Eid zu erproben.

101.

Unzulässigkeit der Eidesauftragung über ein Ereignis, das sich zur Zeit der Unmündigkeit des Deferenten zugetragen hat.

Vgl. Bd. V Nr. 237.

(E. 29. Jän. 1889, Z. 99. — II. Senat. — Beil. z. JMVdgbl. 421.)

Der Klage der M'schen Erbinnen A und B gegen die Eheleute C und D auf Rückzahlung eines Darlehens von 2400 fl. gab der 1. R. unter der Bedingung statt, dass die Gekl. den ihnen aufgetragenen negativen Haupteid nicht ablegen, wobei erwogen wurde, dass beim Abgange anderer Beweismittel auf diesen Eid zu erkennen war, welcher als den Gekl. unrückschiebbar aufgetragen zu betrachten sei, da, wie unbestritten, die eine Klägerin A von der Aufnahme und Zahlung dieses Darlehens aus eigener Wahrnehmung keine Kenntnis hat und die andere Klägerin B zur Zeit der behaupteten Darlehensaufnahme noch unmündig war, daher zum Eide nicht zugelassen werden konnte.

Ueber Appellation beider Theile änderte das OLG. das angef. U. dahin ab, dass das Klagebegehren unbedingt abgewiesen wurde. Gründe: Den Kl. lag gegen den Widerspruch der Gekl. ob, den Darlehensvertrag, auf den der Klagsanspruch gestützt wird, rechtmässig zu erweisen. Die im Protokolle vom 4. Nov. 1887 enthaltene Erklärung des Erstgekl., worauf sich die Kl. zur Darthuung des Bestands der Darlehensforderung beziehen, ist hier belanglos, weil diese Erklärung, abgesehen davon, dass, wie dies die Kl. replicando zugeben, aus derselben nicht abgeleitet werden kann, der Erstgekl. habe die Forderung als richtig anerkannt, den Schluss nicht zulässt, dass die Forderung am 21. Mai 1887, dem Todestage des M noch zu Recht bestand, und weil aus dem angeblichen Eingeständnisse des Erstgekl., die Forderung habe irgend einmal zu Recht bestanden, sich nicht einmal die Verpflichtung des Gekl. ergeben würde, die Erlöschung dieser Forderung nachzuweisen. Die Kl. haben zwar zum Beweise der behaupteten Darlehenszuzählung den Gekl. den negativen auf die Erstkl. A rückschiebbaren Haupteid aufgetragen. Allein dieses Beweismittel erscheint hier gesetzlich unzulässig. Denn die Auftragung eines zurückschiebbaren Haupteids ist unstatthaft, wenn nach den Umständen angenommen werden muss, dass der Deferent, der die unter Beweis gestellte Thatsache als wahr zu beschwören sich erbietet, also sein Zeugnis in eigener Sache offeriert, von der Thatsache, worauf der Haupteid gestellt ist, nicht aus eigener Erfahrung Kenntnis haben, dieselbe aus eigenem Wissen (§ 206 aGO.) nicht bestätigen kann. Zu den Personen, welche unfähig sind, die Wahrheit zuverlässig zu erfahren, zählt das Gesetz im § 140 aGO. auch Kinder unter 14 Jahren, und da vorzüglich der Zeitpunkt der Wahrnehmung entscheidend ist, sind auch Angaben, die eine Person im Alter über 14, ja über 24 Jahre, in Betreff von Thatsachen macht, welche sie vor dem zurückgelegten 14. Jahre ihres Lebens wahrgenommen haben soll, nicht glaubwürdig und vermögen dem Richter die processuale Wahrheit der streitigen Thatsache, welche die factische Grundlage der richterlichen Entscheidung zu bilden hat, nicht darzuthun. Es ist daher die Auftragung eines Haupteides unzulässig, den im Zurückschiebungsfalle eine Person schwören soll, die zur Zeit der Ereignung der zu beschwörenden Thatsache das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat. Dem steht § 203 aGO. nicht entgegen, weil derselbe nur bestimmt, wer zur Auftragung des Haupteides befugt ist, die Frage aber nicht entscheidet, ob der Haupteid, zu dessen Auftragung die Partei befugt ist, als Beweismittel auch statthaft sei. Da hier der von den Kl. aufgetragene Haupteid eine Thatsache betrifft, welche sich im Jahre 1871, also zu einer Zeit ereignet haben soll, als die am 2. Mai 1859

geborene Klägerin B erst im 12. Lebensjahre stand, so stellt sich das angebotene Beweismittel des referiblen Haupteides als unzulässig dar. Nachdem weiters der Richter nicht befugt ist, einen rückschiebbar aufgetragenen Haupteid irreferibel aufzutragen und die Kl. für die behauptete Darlehenszuzählung einen andern Beweis nicht angeboten haben, so haben sie der ihnen obliegenden Beweispflicht nicht genügt und war das Klagebegehren unbedingt abzuweisen.

Der OGH. fand die o. g. E. aus deren Gründen und in der weiteren Erwägung zu bestätigen, dass dem Satzgefüge des § 140, lit. a aGO. zufolge der Schlussatz „folglich auch Kinder unter 14 Jahren" nicht auf den unmittelbar vorangehenden Satz „oder solche ungezweifelt nicht können an den Tag legen" allein bezogen werden kann, sondern dass dieser Schlussatz sich auch auf den vorangestellten, nur durch einen Beistrich getrennten Satz „jene, welche wegen ihrer Leibes- oder Gemüthsbeschaffenheit die ungezweifelte Wahrheit nicht können erfahren haben" bezieht und dass daher aus dem bestehenden Gesetze sich nicht begründen lässt, dass der Zeitpunkt der Eidesdelation oder Relation entscheidend und sonach der Eid einer Person zulässig sei, die zur Zeit der Eidesauftragung, resp. Ablegung über 14 Jahre alt ist, trotzdem selbe zur Zeit der Ereignung der zu beschwörenden Thatsachen dieses Alter noch nicht erreicht hatte, dass von Seite der Gekl. auch ausdrücklich in der Processverhandlung Protest gegen die Zulässigkeit des in Rede stehenden Eides, bez. die Einwendung der Eidesunfähigkeit der Kl. erhoben wurde, dass bei Unmündigen, da das Gesetz dieselben den Personen, welche nach ihrer Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit die ungezweifelte Wahrheit nicht können erfahren haben, im allgemeinen gleichstellt und nicht nach deren zur Zeit der Ereignung der zu beschwörenden Thatsache bestandenen Grade der Geistesentwicklung und auch nicht nach der Qualität dieser zu beschwörenden Thatsache unterscheidet, und demnach Personen, die zur Zeit der Ereignung der zu beschwörenden Thatsache unmündig waren, für eidesunfähig erklärt, es auch dem Richter nicht erlaubt ist, diesbezüglich zu unterscheiden und je nach dem der Mündigkeit nahen Alter, nach Geistesentwicklung und nach der Qualität der zu beschwörenden Thatsachen auch einem Unmündigen die Eidesfähigkeit zuzuerkennen.

102.

Unvollstreckbarkeit des von einem nach österr. Recht unzuständigen rumänischen Gerichte gefällten Urtheils in Oesterreich.

(E. 30. Jän. 1889, Z. 1082. — 1. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 420.)

Das von der Firma A in Vladeny (Rumänien) gegen die Firma B in Wien gerichtete Begehren um Vollstreckbarkeitserklärung des vom königlich rumänischen Appellationshofe in Crajova am 27. Nov. 1885, Z. 11, gefällten Urtheils, wurde in den Vorinstanzen abgewiesen, vom OLG. aus folgenden Gründen: Wie in der in vorliegender Delibationssache ergangenen E. des OGH. v. 9. Nov. 1887, Z. 12594, ausgesprochen wurde, ist die Zuständigkeit des Gerichts, welches das in Rede stehende U. geschöpft hat, nach österreichischem Rechte zu beurtheilen; es hängt daher die Lösung der Frage, ob das königlich rumänische Tribunal in Mehedinti und die Berufungsinstanz, der königliche Appellhof in Crajova, zur Schöpfung dieses U. competent waren, zunächst davon ab, ob der, sei es allgemeine oder besondere Gerichtsstand, auf Grund dessen diese Gerichte ihre Competenz anerkannt haben, auch nach österreichischem Rechte Geltung habe. Wie aus der bei dem vorerwähnten Tribunale gepflogenen Verhandlung über die von der geklagten Firma erhobene Einwendung der Incompetenz hervorgeht, wurde seitens des Kl. zur Begründung der Competenz des von ihm angerufenen Gerichts lediglich auf die Bestimmung des Art. 113 der rumänischen Civilgesetze hingewiesen, derzufolge in Rumänien ein Ausländer, selbst wenn er nicht daselbst wohnhaft wäre, wegen Erfüllung seiner in Rumänien oder im Auslande mit einem Rumänen eingegangenen Verpflichtung vor die rumänischen Gerichte gezogen werden kann. Durch diese gesetzliche Anordnung erscheint der Ausländer schon dadurch, dass er einem Rumänen gegenüber eine Verpflichtung eingeht, ohne Rücksicht auf seine eigene Staatsangehörigkeit und seinen Wohnsitz oder Auf-

enthalt und ohne Rücksicht auf den Inhalt des bezüglichen Rechtsgeschäfts der Gerichtsbarkeit der rumänischen Gerichte unterworfen. Eine diesem Principe entsprechende Competenzbestimmung enthalten die österreichischen Jurisdictionsgesetze nicht; es kann daher dem auf dieser Grundlage beruhenden Gerichtsstande keine Rechtswirkung für Oesterreich zukommen und demgemäss nicht anerkannt werden, dass die rumänischen Gerichte in Gemässheit der JMVdg. v. 27. Oct. 1871 (RGB. 131) im Sinne der in Oesterreich geltenden Gesetze zur Entscheidung der in Frage stehenden Rechtssache competent waren. Die Bestimmung des § 29 d. JN. vermag den Standpunkt des Kl. nicht zu rechtfertigen; denn wenn in Rumänien im Sinne des bezogenen Art. 113 eine Klage gegen einen Oesterreicher zugelassen wird, so kann zwar auf Grund des oberwähnten § 29 d JN. auch ein Rumäne wegen einer zu Gunsten eines Oesterreichers eingegangenen Verpflichtung in Oesterreich geklagt werden; hieraus ergiebt sich aber nicht die Folgerung, dass hierlands auch einem Oesterreicher gegenüber ein dem rumänischen Gesetze entsprechender, jedoch dem österreichischen Rechte fremder Competenzgrund Geltung habe. Der Kl. kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die gekl. Firma bei dem rumänischen Gerichte die Einwendung der Incompetenz nicht schon bei der ersten Tagfahrt erhoben habe. Denn nach österreichischem Rechte kommt sachgemäss nur zu beurtheilen, ob überhaupt ein dem hierländischen Gesetze entsprechender Gerichtsstand mit Grund angerufen wurde; die Art der Geltendmachung der diesfälligen processualen Rechte der Parteien, insbesondere auch in Ansehung der Fristen, innerhalb deren dies zu geschehen hat, muss selbstverständlich nach dem Rechte des Orts beurtheilt werden, wo die betreffenden Processhandlungen vorzunehmen sind. Es liegt aber nicht vor, dass die Einwendung der Incompetenz nach rumänischem Rechte verspätet angebracht worden sei. Daraus, dass die gekl. Firma nach Abweisung der Incompetenzeinwendung sich in den Streit einliess, kann gleichfalls nicht gefolgert werden, dass sie die Competenz der rumänischen Gerichte anerkannt habe, weil sie diese ihre Einwendung thatsächlich aufrechterhalten und die Entscheidung über dieselbe hervorgerufen hat und es schon durch die Vorsicht geboten war, nach Abweisung dieser Einwendung sich in der Hauptsache zu vertheidigen, wie denn auch nicht vorliegt, ob und inwieferne gegen die Zurückweisung dieser Einwendung nach rumänischem Gesetze überhaupt hätte angekämpft werden können. Die Unterlassung dieser Bekämpfung im Processe kann übrigens unter allen Umständen der gekl. Firma nicht jene Rechte benehmen, welche ihr bezüglich der Durchführung des Urtheils im Inlande auf Grund der österreichischen Gesetze zustehen. Der Kl. beruft sich zwar auch darauf, dass der Vertrag, auf Grund dessen er seinen Anspruch erhebt, infolge einer diesfalls getroffenen Vereinbarung in Rumänien zu erfüllen war, allein für die Beurtheilung der Frage, ob die rumänischen Gerichte zur Schöpfung des U. competent waren, ist nur entscheidend, ob die daselbst geltend gemachten Competenzgründe solche seien, welche der österreichischen Gesetzgebung entsprechen und thatsächlich gerechtfertigt erscheinen; andere daselbst nicht motivierte Gründe der Zuständigkeit können bei der Prüfung derselben in Ansehung der Vollstreckbarkeit des Urtheils umsoweniger dann maassgebend sein, wenn deren Erörterung ein Eingehen in die Sache selbst mit sich bringen würde, wie dies insbesondere bezüglich des Gerichtsstands des Vertrags der Fall wäre. Dass aber dieser Gerichtsstand von den rumänischen Gerichten im vorliegenden Falle als begründet angenommen worden sei, wird vom Kl. selbst nicht behauptet und ist auch aus den vorgelegten Actenstücken nicht zu entnehmen. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die rumänischen Gerichte zur Urtheilsfällung in der vorliegenden Rechtssache vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung nicht competent waren.

Der a. o. Revisionsbeschwerde der Firma A fand der OGH. in der Erwägung keine Folge zu geben, dass die Rechtzeitigkeit der vor einem k. rumänischen Gerichte erhobenen und von diesem seiner Entscheidung unterzogenen Einwendung der Unzuständigkeit hier überhaupt nicht zu untersuchen ist, dass die erfolgte Anfechtung der Zuständigkeit des k. rumänischen Gerichts die Annahme einer freiwilligen Unterwerfung unter dasselbe ausschliesst, dass die Reciprocitätsbestimmung des § 29 d JN. sich mit Art. 13 des rumänischen Civilgesetzbuchs, welcher eine Competenzbestimmung zu Ungunsten von Ausländern ohne Rück-



sicht auf Reciprocitätsverhältnisse feststellt, gar nicht in Vergleich gesetzt werden kann, dass der Competenzgrund, auf welchen die Zuständigkeit des angerufenen k. rumänischen Gerichts gestützt wurde, von der inländischen Gesetzgebung nicht anerkannt ist, dass übrigens auch der erst im Delibationsverfahren gemachte Versuch, die Zuständigkeit des angerufenen k. rumänischen Gerichts auf die Bestimmung des § 43 JN. zu stützen, nicht beachtet werden kann, da die zu diesem Zwecke aufgestellten thatsächlichen Behauptungen durch die mit Berufung auf die Ausführungen des Kl. erfolgte Darlegung in den Entscheidungsgründen des Erkenntnisgerichts, aus welcher erhellt, dass es sich um ein in Oesterreich erfülltes Rechtsgeschäft handelte, widerlegt werden, und dass es sonach an den Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) augenscheinlich fehlt.

103.

Voraussetzung für die Unwirksamerklärung einer Zwangsversteigerung nach § 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74): Begriff des „wirtschaftlichen Verderbens".

(E. 3. Jän. 1889, Z. 15247. — IV. Senat. — Beil. z. JMVdgbl. 419.)

Dem Bäckermeister A wurde über Gesuch der Sparcasse in Laibach das eine seiner zwei Häuser, welches auf 5744 fl. 37 kr. geschätzt war, um 1500 fl., d. i. um einen nicht einmal das Drittheil des Schätzungswerts erreichenden Preis executiv veräussert. Demzufolge stellte A auf Grund des § 18 des Ges. vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) das Begehren, dass die erfolgte zwangsweise Veräusserung als unwirksam erklärt werde. Nach gepflogenen Erhebungen wies der 1. R. das Begehren ab, wobei er erwog, dass aus den Anführungen des Executen und aus den von der politischen Behörde eingeholten Auskünften hervorgehe, Execut sei Eigentümer zweier Häuser, aus deren Erträgnisse er seine Existenzmittel sich verschafft, von diesen Häusern sei das eine zwangsweise feilgeboten, das andere befinde sich noch im Besitze des A; dass daher im vorliegenden Falle rücksichtlich des Executen jenes Moment des wirtschaftlichen Verderbens nicht zutreffe, unter welchem — nach dem Wortlaute des § 18 des nur auf das allgemeine Interesse und nicht auf die Begünstigung einzelner Schuldner abzielenden Ges. v. 10. Juni 1887 — nicht auch jener Fall zu verstehen sei, wenn der Execut durch die zwangsweise Veräusserung eines unbeweglichen Guts anderer Existenzmittel beraubt bliebe, ohne dass die Entziehung des unbeweglichen Guts für ihn verderbliche Folgen im Betriebe seiner Kunst, seines Gewerbes, der Landwirtschaft u. s. w. nach sich ziehe.

Ueber Recurs des A. bestätigte das OLG. den angef. Bescheid aus dessen Gründen und in der weiteren Erwägung, dass von einem „wirtschaftlichen Verderben" des Executen infolge der gegenständlichen zwangsweisen Veräusserung umsoweniger die Rede sein könne, als Execut noch ein anderes Haus besitze, welches vermietet ist, und demnach dem Recurrenten einen Ertrag giebt, in welchem er wohnt, und, sei es persönlich, sei es unter Mitwirkung dritter Personen, sein Bäckergewerbe fortbetreiben könne.

Dem a. o. Revisionsrecurse fand der OGH. keine Folge zu geben, weil in der von den unteren Instanzen dem § 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 gegebenen Auslegung eine im Sinne des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) offenbare Ungerechtigkeit nicht zu erblicken ist, wenn erwogen wird, dass dem obbezogenen Paragraphe gemäss die in Rede stehende Versteigerung nur in dem Falle behoben werden könnte, als selbe das wirtschaftliche Verderben des Executen herbeiführen würde, was im vorliegenden Falle, wie es die angef. Erledigungen hervorheben, nicht eintritt.

104.

Behandlung der Kosten der Sequestration des Streitgegenstands.

(E. 24. Juli 1888, Z. 8809.)

Nach erfolgreich durchgeführtem Processe begehrte Kl. die Aufhebung der früher erwirkten Sequestration des Streitgegenstands und die Verhaltung des Gekl. zum Ersatze der Sequestrationskosten. Der 1. R. entschied nach diesem Begehren.

Vom OLG., dessen E. der OGH. aus deren Gründen bestätigte, wurden dem Kl. nur die Kosten des Ansuchens um Aufhebung der Sequestration und Ausfolgung der Caution zuerkannt, derselbe hingegen mit seinem weiteren Ersatzanspruche bezüglich der ihm seit Bewilligung der Sequestration auferlaufenen Kosten und der Gebüren des Sequesters auf den Rechtsweg gewiesen; in der Erwägung, dass die Sequestration nach § 293 aGO. sich nur als provisorische Sicherstellung für den Kl. bezüglich des Streitobjects bis zur Entscheidung des Processes darstellt; dass die seit Bewilligung der provisorischen Sequestration dem Kl. aufgelaufenen Kosten, sowie die Gebüren des Sequesters weder als Executionskosten noch als Processkosten behandelt werden können; dass daher weder der Umstand, dass Recurrent im Processe unterlegen ist, noch der Umstand, dass er seinerzeit in den Ersatz der Verhandlungskosten wegen Sequestrationsbewilligung verurtheilt wurden, die Verurtheilung des Recurrenten zum Ersatze der Sequestrationskosten rechtfertigt, vielmehr dem Kl. freisteht, seine diesfälligen Ersatzansprüche im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen, umsomehr, als die Sequestrationskosten in erster Linie aus dem Sequestrationserlöse zu bestreiten waren, Gesuchsteller aber den Sequester von jeder Rechnungslegung enthoben habe.

105.

Verbot auf eine Sparcasseneinlage.

(E. 31. Jän. 1889, Z. 723.)

Das vom 1. R. für A gegen B auf eine Einlage des Letzteren bei der Sparcasse X bewilligte Verbot wurde über Recurs der Sparcasse vom OLG. behoben. Denn das über die bei einer Sparcasse gemachten Erläge ausgestellte Einlagsbuch ist nach § 14 des Regulativs für die Bildung, Einrichtung und Ueberwachung der Sparcassen vom 26. Sept. 1844 (JGS. 832) als ein Inhaberpapier anzusehen, demzufolge der Inhaber oder Präsentant des Buches als rechtmässiger Besitzer angesehen und die verlangte Zahlung an ihn geleistet werden soll, dieser allgemeinen gesetzlichen Norm aber in dem vorliegenden Falle das bewilligte Verbot und die Verständigung der Sparcasse X hievon ohne Rücksicht auf die Ansprüche eines etwaigen dritten Inhabers des Einlagebuchs zuwiderläuft, weshalb bei dem Umstande, als ein Vollzug des bewilligten Verbots im Wege der Anmerkung auf dem fraglichen Einlagsbuche nicht erfolgte, dem Recurse der Sparcasse stattgegeben und wie oben ausgesprochen ist, erkannt wurde.

Der OGH. fand den erstr. Bescheid mit dem Beisatze wiederherzustellen, dass das bewilligte Verbot im Sinne des § 290 aGO. zu rechtfertigen sein wird, weil Sparcasseeinlagen durch kein Gesetz vom Verbote befreit sind, der § 14 des Sparcasseregulativs vom 26. Sept. 1844, Z. 29304, vielmehr anordnet, dass jeder Inhaber eines Sparcasseeinlagebuchs ohne weitere Legitimation als der rechtmässige Besitzer angesehen und die verlangte Rückzahlung an ihn geleistet werden soll, insofern nicht die eingeleitete Amortisierung oder ein gerichtliches Verbot die Auszahlung hemmen, weshalb die Ansicht, dass das bewilligte Verbot dem Sparcasseregulativ zuwiderlaufe, nicht als richtig anerkannt werden kann. Es musste demnach bei dem Umstande, als nicht B, dessen Forderung mit Verbot belegt wurde, sondern nur die Sparcasse X den Bescheid in Beschwerde gezogen hatte, dem Revisionsrecurse des A stattgegeben und der erstr. Bescheid wiederhergestellt werden.

106.

Umfang der sicherstellungsweisen Mobiliarpfändung: Zulässigkeit der engen Sperre und Transferierung.

Vgl. Bd. I Nr. 319; Bd. III Nr. 135.

(E. 20. Febr. 1889, Z. 1767.)

Die vom 1. R. auf Grund eines wechselrechtlichen Zahlungsauftrags, gegen welchen Einwendungen vorlagen, mit der Pfändung der schuldnerischen Fahrhabe bewilligte enge Sperre und Transferierung wurde vom OLG. behoben, weil es

mit Rücksicht auf § 3 der JMVdg. vom 18. Juli 1859 (RGB. 130) nicht im Sinne des Gesetzes gelegen sein kann, zum Zwecke der von dem Kl. wegen der durch den Recurrenten eingebrachten wechselrechtlichen Einwendungen in dem Vermögen des Letzteren gesuchten Sicherstellung, wo also die Zahlungsverpflichtung desselben noch in Frage steht, diesem schon vor der endgiltigen Entscheidung des Strittes einen grösseren Zwang aufzulegen, als etwa die Sicherstellung des Kl. erfordert, diesbezüglich aber die gedachte enge Sperre und Transferierung überflüssig erscheint.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, weil die im § 343 aGO. bestimmte enge Sperre und Transferierung keineswegs einen besonderen Executionsgrad bildet, sondern mit der Pfändung zu verbinden ist u. zw. gemäss § 5 der JMVdg. vom 18. Juli 1859 (RGB. 130) auch bei der Execution zur Sicherstellung.

Dr. B. K.

107.

Zulässigkeit des Summarverfahrens und Zuständigkeit der städt.-deleg. Bezirksgerichte für Klagen wegen eines 500 fl. nicht übersteigenden Rests einer grösseren Schuld.

(E. 3. Oct. 1888, Z. 7198.)

Gründe: In der Duplik giebt der Gekl. selbst zu, dass er dem Kl. für den Ausbau der Stallungen und Magazine den verrechneten Betrag von 470 fl., für den Kalk 40 fl., für die von Maurern und Handlangern geleisteten Dienste, sowie für die Mehrarbeiten 100 fl., zusammen daher 610 fl. bezahlt habe, wonach es sich vorliegend nur mehr um 87 fl. handelt, die vom Kl. eingeklagt werden. Diese 87 fl. bilden aber nicht einen Theil der Gesammtforderung des Kl., weil ja eben, wie gezeigt, diese Forderung, ein Mehrbetrag von 610 fl., nicht mehr zu Recht besteht, sondern nur der Rest derselben. Dass aber für die Einklagung dieses Rests das vom Kl. angerufene städt.-deleg. BG. zuständig ist, kann mit Grund nicht bezweifelt werden, wenn erwogen wird, dass dieser Rest sich nicht aus der Vergleichung mehrerer beiden Theilen zustehenden Forderungen ergiebt, somit jener Ausnahmsfall vorliegend nicht zutrifft, in welchem für die Einklagung eines Ueberschusses nach dem Schlussabsatze der lit. a. des § 15 der JN. die Zuständigkeit des städt.-del. BG. ausgeschlossen wäre. Das OLG. hat daher die Zuständigkeit des städt.-del. BG. zur Entscheidung der gegenwärtigen Rechtssache mit Recht ausgesprochen.

108.

Unerheblichkeit des Ablebens des auf Scheidung klagenden Ehegatten für die Entscheidung des bereits abgeschlossenen Processes.

(E. 9. Oct. 1888, Z. 11.287.)

Vom 1. R. wurde nach dem Begehren der Bel. der anhängig gemachte Rechtsstreit ob eingetretenen Todes des Kl. als gegenstandslos eingestellt, und zwar in Erwägung, dass die Scheidung von Tisch und Bett das Leben beider Ehegatten zur notwendigen Voraussetzung hat; dass das Begehren auf Scheidung die Geltendmachung eines höchstpersönlichen Rechts betrifft, daher weder der Curator der liegenden Verlassenschaft, noch die Erben des verstorbenen Gatten berechtigt sind, zu verlangen, dass über die vom Kl. angebrachte Klage nach dessen Tode entschieden werde. Das OLG. wies das Gesuch der Bel. ab, in der Erwägung, dass zwar die Entscheidung, was die Scheidung von Tisch und Bett anbelangt, durch den Tod des Kl. entfällt, dass es sich aber noch im Sinne des § 12 des Hfd. v. 23. Aug. 1819 (JGS. 1595) um die Frage, welcher Theil an der Scheidung Schuld trägt, und um die Frage des Kostenersatzes handelt, zumal mit Hinblick auf den Inhalt des Ehevertrags vom 3. Febr. 1882 die Erben des Kl. ein Interesse haben können, dass der Process wegen des Einflusses auf die allfälligen Vermögensfragen, die sich an die Scheidung knüpfen, durch ein Erkenntnis zum Abschlusse gebracht werde.



Der OGH. bestätigte die o. g. E. mit Beziehung auf die derselben beigefügten sachgemässen Motive und in der weiteren Erwägung, dass, so lange nicht die Erklärung beider streitenden Parteien vorlegt, dass sie vom Processe abstehen und deshalb um das Abkommen von der Urtheilsschöpfung bitten, der Richter das bereits zum Abschlusse gebrachte Processverfahren nicht sistieren darf.

109.

Kann einer Concursmasse das Armenrecht in Activprocessen gewährt werden?

(E. 15. Febr. 1889, Z. 1629.)

Im Laufe eines von ihr anhängig gemachten Anfechtungsstritts begehrte die Concursmasseverwaltung A auf Grund eines von der Concursinstanz ausgefertigten Amtszeugnisses, nach welchem das gesammte Cridavermögen von dem Anfechtungsbeklagten noch vor der Concurseröffnung wegen einer den Wert der Activen übersteibenden Forderung in Pfändung gezogen worden war, die Gebürenfreiheit im Processe. Der 1. R. wies das Begehren ab, weil durch das Zeugnis, laut dessen ein, wenngleich in Execution gezogenes Cridavermögen vorhanden ist, die Armut des Cridars im Sinne des Hfd. v. 26. Juli 1840 (JGS. 457) nicht dargethan ist. In dem dawider ergriffenen Recurse wurde zunächst ausgeführt, dass hier nicht die Armut des Cridars, sondern der Vermögenstand der Concursmasse in Betracht komme, dass angesichts der Bestimmung des § 2 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 35), nach welcher der Concurs über einen Schuldner beim Vorhandensein eines blossen Anfechtungsanspruchs selbst dann zu eröffnen ist, wenn ein effectives Vermögen sonst gänzlich fehlt, die Einräumung der Gebürenfreiheit an eine Concursmasse principiell zulässig sein müsse, da letztere sonst, ausserstande die Processkosten aufzubringen, den Anfechtungsanspruch nicht geltend machen könnte, dass, wenn auch die Bestimmungen über den Nachweis der Armut bei Gewährung der Gebürenfreiheit an eine physische Person für den gleichen Fall bei einer Concursmasse der Natur der Sache nach keine unmittelbare Anwendung finden können, so doch per analogiam ein Attest der einzig maassgebenden Behörde, des Concursgerichts, als zureichender Beweis der Armut einer Concursmaasse angesehen werden müsse. Das OLG. bestätigte den erstr. Bescheid, weil die Bestimmungen über die Ertheilung des Armenrechts auf den vorliegenden Fall, in welchem die durch den Masseverwalter vertretene Gläubigerschaft, also die Gesammtheit der an der Concursverhandlung betheiligten Gläubiger, als Klägerin einschreitet, keine Anwendung finden, sondern nur die auf das Concursverfahren bezüglichen Bestimmungen des GebG., bez. die in Kraft stehenden Abänderungen dieser Bestimmungen in Betracht kommen.

Den a. o. Revisionsrecurs, in welchem gegen die o. g. Begründung eingewendet wurde, dass die Concursgläubiger nicht als einzelne Vermögenssubjecte, sondern als Collectivsubject des Cridavermögens auftreten, dass demnach für die Beurtheilung des Anspruchs auf das Armenrecht nicht die Sondervermögen der einzelnen Gläubiger, sondern nur das Cridavermögen maassgebend sein kann und dass das die persönliche Gebürenfreiheit des CMVerwalters in Passivprocessen normierende Gesetz v. 9. Jän. 1869 (RGB. 7) offenbar eine hinreichende Mittel für die Kosten der Concursverhandlung besitzende Concursmasse voraussetzt, da ja bis zu dem Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 35) von einer Concursverhandlung sonst überhaupt keine Rede sein könnte (§§ 66, 154 CO.), — fand der OGH. zu verwerfen, weil die Erfordernisse des § 16 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) umsoweniger obwalten, als mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 66 CO. und des Ges. v. 9. Jän. 1869 (RGB. 7) und selbst mit Rücksicht auf den Inhalt des den Vermögensstand der Concursmasse darstellenden Amtszeugnisses der Concursinstanz die analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über die Ertheilung des Armenrechts an eine arme Streitpartei, rücksichtlich Person ausgeschlossen ist.

Bemerkung der Redaction.

Die Begründung ist nichts weniger als überzeugend. Der Hinweis auf den § 66 CO. ist schon darum unzutreffend, weil ja demselben eben durch das Ges.

v. 16. März 1884 (RGB. 35) § 2 derogiert wurde. Das Ges. v. 9. Jän. 1869 (RGB. 7) gewährt wohl dem CMVerwalter die Gebürenfreiheit in Passivprocessen, schliesst aber die Ertheilung des Armenrechts an eine Concursmasse, welche ausser einer Forderung weiter kein Vermögen besitzt, für den Activprocess über jene Forderung keineswegs aus. Die Frage ist nur, ob die Vorschriften über das Armenrecht, welche unstreitig sich nur auf physische Processubjecte beziehen, die analoge Anwendung auf juristische Personen überhaupt und auf eine Concursmasse insbesondere zulassen. Dieser Frage geht die E. aus dem Wege. Wir sehen nicht ein, warum dieselbe nicht sollte bejaht werden können.

110.

Anfechtung im Concurse: 1. Legitimation des CMVerwalters zur Anfechtungsklage ohne Ermächtigung des Gläubigerausschusses. 2. Anfechtbarkeit einer gerichtlichen Pfändung.

Vgl. Bd. III Nr. 210; Bd. IV S. 338. 339; Bd. V Nr. 32; Bd. VI Nr. 5. 488, S. 315. 513 fg.

(E. 23. Oct. 1888, Z. 6317.)

Der in den Vorinstanzen abgewiesenen Anfechtungsklage wurde vom OGH. stattgegeben. Gründe: Denn nach § 1 des Ges. vom 16. März 1884 (RGB. 36) können nach der Eröffnung des Concurses früher vorgenommene Rechtshandlungen (überhaupt), welche das Vermögen des Gemeinschuldners betreffen, nach Maassgabe der Bestimmungen dieses Abschnitts angefochten und den Gläubigern gegenüber als unwirksam erklärt werden. Nach § 16 desselben Gesetzes ist zur Anfechtung die Gläubigerschaft, vertreten durch den Masseverwalter, berufen. Aus der Zusammenstellung dieser Gesetzesstellen mit § 76 CO. ergiebt sich, dass der § 147 CO. durch das spätere Gesetz vom 16. März 1884 (RGB. 36) insoferne eine Abänderung erfahren hat, dass der CMVerwalter nach §§ 1, 16 und 40 dieses Gesetzes schon vermöge seiner ihm nach § 76 CO. zustehenden Machtvollkommenheit und der ihm danach obliegenden Verpflichtung zur Anfechtungsklage in allen Fällen berechtigt ist und zu seiner Klagelegitimierung einer besonderen Ermächtigung des Concurscommissärs, event. des Gläubigerausschusses nicht erst bedürfe. Der Bestimmung des § 6 des AG. liegt unverkennbar die Anschauung zugrunde, dass schon mit der Zahlungseinstellung die relative Dispositionsunfähigkeit des Schuldners eintritt, dass ferner in der Concurseröffnung nur ein declarativer Ausspruch des Gerichts über den schon vorhandenen mit der Zahlungseinstellung eingetretenen status cridae liege, dass weiter schon mit dem Eintritte der relativen Dispositionsunfähigkeit des Schuldners der Anspruch sämmtlicher Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung begründet wurde und daher jede auch ohne Betheiligung des Schuldners vorgenommene Handlung, welche einem Gläubiger Sicherstellung oder Befriedigung gewährt, die ihm beim Bestande des Rechts der Gesammtheit der Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung nicht mehr hätte zukommen können, anfechtbar sei. Mit Rücksicht darauf kann es nicht zweifelhaft sein, dass auch Executionen, welche zur Sicherstellung oder Befriedigung selbst fälliger Forderungen und auf Grund richterlicher Erkenntnisse erwirkt werden, im Sinne des § 6 AG. unter den Begriff von Rechtshandlungen fallen und unter den Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle angefochten werden können. Wenn nun erwogen wird, dass der Gekl. zur Zeit des nur zwei Tage vor dem Begehren des Schuldners X um Concurseröffnung, u. z. am 17. Mai 1885 überreichten Executionsgesuchs von der schon früher eingetretenen Zahlungseinstellung des in Concurs verfallenen Schuldners Kenntnis hatte, was durch die der Klage angeschlossene, von ihm geständigermassen unterschriebene Erklärung vom 14. Mai 1885, wonach die Aussteller als Gläubiger des X, nachdem derselbe zahlungsunfähig geworden ist, in ein aussergerichtliches Arrangement eingehen zu wollen, sich bereit erklärten, überzeugend dargethan ist, so muss das von der Gläubigerschaft durch den CMVerwalter gestellte Anfechtungsbegehren nach § 6 des Ges. vom 16. März 1884 für begründet erklärt werden.

E. Srafrecht und Strafprocess.

111.

404. Versuch: Begriff der Freiwilligkeit des Rücktritts.

(E. 16. Nov. 1888, Z. 8682. Vors.: Hofr. Dr. v. Harrasowsky; f. d.GP.: OLGR. Dr. v. Ruber.)

Gründe: ... Als begründet lässt sich die auf § 281, Z. 9 StPO. gestützte Beschwerde nicht erkennen. In dem Geräusche, welches durch das Aufsprengen der Thürschwelle entstand, kann das Eintreten eines Zufalls nicht erblickt werden, weil diese Naturerscheinung, wenn sie auch dem Angekl. unerwartet gewesen sein mag, nur eine notwendige Folge der Handlung des Angekl. war. Aber auch dem Dazwischenkommen eines fremden Hindernisses vermag das Entstehen des Geräusches und die dadurch in dem Angekl. erweckte Besorgnis der Entdeckung nicht gleichgesetzt zu werden. Nach dem festgestellten Thatbestande wäre es eben dem Angekl. möglich gewesen, ohne Schwierigkeit in den Keller zu gelangen und sein Vorhaben auszuführen. Die vom Angekl. erwähnte Besorgnis, welche sich übrigens als unbegründet erwies, mag allerdings den Angekl. bestimmt haben, von der Ausführung seiner Absicht abzustehen, allein die Reflexion, welche der Angekl. anstellte, und die sich gewiss nicht als ein fremdes Hindernis kennzeichnen lässt, steht nicht entgegen, sein Zurücktreten von der Vollbringung des Diebstahls als ein freiwilliges zu beurtheilen.

112.

405. Zum § 335 StG. Begriff der im § 74, Alinea 2 der GewO. beanspruchten Umsicht der Arbeitverrichtung.

(E. 17. Nov. 1888, Z. 8590. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: GP. v. Cramer.)

Gründe: Der in der Spinnfabrik zu Ober-Waltersdorf beschäftigte Arbeiter Carl F gerieth beim Richtigstellen der an einer Kratzmaschine aufgelegten Wolle mit der rechten Hand, zufolge Abgleitens derselben von dem als Schutzvorrichtung angebrachten, bereits weich und widerstandsunfähig gewordenen Lederstreifen, zwischen den Zuführungscylinder und die gezähnte Brisseurwalze und wurde dadurch körperlich schwer verletzt. Da der Unfall bei grösserer Vorsicht in der Hantierung vermieden werden konnte, erklären zwar die Urtheilsgründe den Carl F nicht frei von allem Verschulden; allein sie erblicken darin nicht die einzige Ursache des eingetretenen Erfolgs, sondern machen dafür auch den Fabriksdirector Wilhelm S verantwortlich, indem sie hervorheben, dass die an der Brisseurwalze zweifellos unentbehrliche Schutzvorrichtung ihrem Zwecke nicht mehr entsprach, dass Wilhelm S nach seiner Stellung und nach seinem Berufe die Gefährlichkeit dieses ihm bekannten Uebelstandes leicht einzusehen vermochte und dass er denselben gleichwohl rechtzeitig nicht beseitigen liess.

Die NB. versucht im Hinblicke auf das in der Voruntersuchung aufgenommene Expertengutachten und auf § 74 der GewO. nachzuweisen, dass keine dem Gewerbeinhaber zukommende Obliegenheit versäumt worden sei, dass eine erkennbare Pflicht zum Handeln für den Beschwerdeführer nicht vorlag, und dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der beanständeten Unterlassung und der schweren Verletzung des Arbeiters nicht bestehe. Allein den Gegenstand der Vergleichung mit dem angewendeten Strafgesetze bilden die thatsächlichen Annahmen des U. einzig und allein; darüber hinauszugreifen ist nach den §§ 258 und 288 StPO. nicht statthaft. Des vom Beschwerdeführer bezogenen Gutachtens ist in den Urtheilsgründen nicht gedacht; ausdrücklich erwähnen sie nur der vom Gewerbeinspector M als sachverständigen Zeugen abgegebenen Aeusserung, wonach als Ursache des Unfalls die schlechte Beschaffenheit des zur Schutzvorrichtung verwendeten Lederstreifens anzusehen ist. An den Ausspruch, dass immerhin ein grosser Grad von Unvorsichtigkeit auf Seite des Arbeiters vorhanden sein muss, wenn er mit der Hand an die Brisseurwalze geräth, ist übrigens in dem angerufenen Expertengutachten die Erwägung geknüpft, dass selbst dieser grossen Unvorsichtigkeit durch Anbringen von Holzleisten begegnet werden konnte, und dass

die Bedienung der Maschine ein Manipulieren mit der Hand in der nächsten Nähe (der Walze) erfordert, so dass endlich auch durch zufälliges Ausgleiten die Hand dahin gelangen kann. Die Pflicht, die erforderlichen Schutzvorrichtungen anzubringen, entspringt aus der Verwendung von Maschinen in dem mit Hilfsarbeitern besorgten Gewerbebetriebe an und für sich. Wenn § 74 der GewO. von Schutzvorrichtungen des Umfangs spricht, „dass eine Gefährdung der Arbeiter bei unbichtiger Verrichtung ihrer Arbeit nicht leicht bewirkt werden kann“, so ist damit sein Maass der Umsicht gemeint, das etwa nur noch dem unabwendbaren Zufalle Zutritt lässt. Das Ges. fordert nur jenen Grad des Fleisses und der Aufmerksamkeit, der bei gewerblichen Hilfsarbeitern durchschnittlich vorausgesetzt werden kann (§ 1297 bGb.). Bis zu diesem Umfange war aber nach Annahme des Erkenntnisrichters der Beschädigte im gegebenen Falle nicht geschützt. Der beanständete Lederriemen entsprach überhaupt nicht mehr dem Zwecke, zu schützen.

Unerfindlich ist es endlich, wienach das auf Seite des Beschädigten festgestellte Verschulden den nach § 335 StG. erforderlichen Causalnexus aufheben soll. Hat doch der Angekl., da er trotz der ihm bekannten Unzulänglichkeit der Schutzvorrichtung die Kratzmaschine benützen liess, für die schwere Körperverletzung des Beschädigten ganz unzweifelhaft eine Voraussetzung hergestellt.

113.

406. Begriff des gewaltthätigen Widerstands gegen die Obrigkeit (StG. § 81).

(Cass.-E. 17. Nov. 1888, Z. 9770. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: R. v. Cramer.)

Gründe: Die Gründe des angef. U. stellen fest, es sei nach Ueberwindung des gewaltsamen Widerstands, welchen die Brüder Franz und Stefan P um des Ersteren Verhaftung zu vereiteln, dem Gemeindediener Florian H entgegengesetzt haben und nachdem letzterer infolge dessen auch dem Stefan P die Arretierung angekündigt hatte, gelungen, die Arretierten auf dem Wege zum Gemeindearreste bis zur Gendarmeriekaserne, wo sich Gendarm G zur erbetenen Hilfeleistung anschloss, und dann noch eine Strecke weiter zu geleiten. Nun aber warfen sich, wie die Urtheilsgründe anführen, Franz und Stefan P, das Weitergehen verweigernd, zu Boden und liegend schlug Stefan P, wenn auch ohne jemanden zu treffen, mit Händen und Füssen derart um sich, dass sich ihm Gendarm G nicht zu nähern vermochte. Erst mit Hilfe herbeigeeilter Männer gelang es, die Renitenten in den Arrest zu bringen. In diesem Vorgange erblickt die Anklage einen wider den Gendarm G gerichteten Widerstandsact des Stefan P von der Qualität des § 81 StG.; der GH. fällte dagegen in Ansehung dieses Anklagepunkts ein freisprechendes Erkenntnis, von der Erwägung geleitet, dass durch das Herumschlagen mit Händen und Füssen niemand bedroht und niemand getroffen wurde, dass darin weder mittelbare noch unmittelbare Gewaltanwendung wider den Gendarmen, welcher sich des Thäters zu bemächtigen gar nicht versuchte, enthalten, dass vielmehr die Handlungsweise des Stefan P nur als ein der Dienstesvollziehung bereitetes Hindernis anzusehen sei. Allein dieser in der Beschwerde der StA., welche den Nichtigkeitsgrund des § 281/9 StPO. geltend macht, angefochtenen Auffassung lässt nicht zustimmen.

Dass das Verhalten des Stefan P nicht lediglich den sogenannten passiven Widerstand darstelle, tritt ausser Zweifel, wenn erwogen wird, dass sich der Angekl. erst nachdem sich Gendarm G zur Hilfeleistung beigestellt hatte, zu Boden warf; dass er sich in dieser Position nicht unthätig verhielt und nicht etwa nur die Schwere seines Körpergewichts dem Wegführer entgegensetzte, sondern, dass er zu dessen Verhinderung mit Händen und Füssen um sich schlug. Aber auch über den Rahmen eines der Dienstverrichtung bereiteten, sachlichen Hindernisses tritt das Verhalten der Angeklagten hinaus. Denn es versinnlicht eine wider die körperliche Integrität der öffentlichen Organe und somit auch des Gendarmen G zielende Drohung, muss somit als ein wider ihre Person gerichteter Gewaltact bezeichnet werden. Gendarm G hat denn auch vor Gericht ausdrücklich erklärt, man habe sich dem Stefan P nicht nähern können, weil man fürchten musste, von ihm getroffen und beschädigt zu werden. Es heisst das Wesen der Drohung als einer symbolischen Handlung verkennen und muss als rechtsirrtümlich

bezeichnet werden, wenn der erste Richter das Vorliegen derselben im gegebenen Falle verneint. Dass sich aber das Amtsorgan vorerst in den Versuch einlasse, den Widerstand durch Aufbietung seiner Körperkraft zu überwinden, bildet keine Voraussetzung des im § 81 StG. behandelten Thatbestands.

Der sonach begründeten NB. der StA. musste stattgegeben, das U. im angef. Punkte gemäss § 288 StPO. als nichtig aufgehoben und nach Maassgabe der Zahl 3 des bezogenen § 288 auf Grund der eingangs angeführten thatsächlichen Feststellungen des Gerichtshofs, welche zu diesem Zwecke vollkommen ausreichen, sofort in der Sache selbst erkannt werden, dass Stefan P auch des in der Anklage bezeichneten Verbrechens zum Schaden des Gendarmen G schuldig ist.

114.

407. Zwangsvollstreckungs-Vereitlung durch Rücknahme der eigenen dem Schuldner anvertrauten und bei diesem gepfändeten Sache. Begriff des Beiseiteschaffens.

(E. 17. Nov. 1888, Z. 10576. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: R. v. Cramer; V.: Dr. A. Krasnoselski.)

Gründe: Kurz dargestellt besteht der Thatbestand, auf welchen zum Nachtheile der Angekl. K und L die Strafbestimmung des § 1 des Gesetzes vom 25. Mai 1883 (RGB. 78) angewendet worden ist, darin, dass K eine eiserne Casse und eine Copiermaschine, deren pfandweise Beschreibung gemäss § 1101 bGb. und Hfd. v. 3. Nov. 1819 (JGS. 1621) wegen der wider ihn bestehenden Mietzinsforderung des P vollzogen war, bei drohender Zwangsvollstreckung dem L auf dessen Antrieb ausfolgte, und dass Letzterer trotz Widerspruchs des Pfandgläubigers diese Gegenstände aus dem Mietlocale fortschaffen liess, obgleich beiden Angekl. die Sachlage bekannt war, und sie insbesondere wussten, dass die zurückbleibenden Vermögensstücke zur Befriedigung des P nicht ausreichen. Der Einwendung, dass Casse und Copiermaschine ein Eigentumsobject des L bilden, und dass sich eben deshalb beide Angekl. zur incriminierten Handlungsweise berechtigt wähnten, wurde keine Folge gegeben. Sich über die Eigentumsfrage auszusprechen, schien dem 1. R. überflüssig und den angerufenen Irrtum fand er dem § 3 StG. zu unterstellen. In der NB. wird dieser Standpunkt mit Unrecht angefochten.

Der Schutz, welchen § 1 des Ges. v. 25. Mai 1883 (RGB. 78) gewährt, kann dem Gläubiger allerdings auch für Vermögensstücke zustatten kommen, welche dritten Personen gehören. Letzteren bleibt nur vorbehalten, ihr Eigentumsrecht im gesetzlich vorgezeichneten Wege geltend zu machen. Im gegebenen Falle handelt es sich überdies um das im § 1101 bGb. eingeräumte Pfandrecht und es liegt nicht vor, dass P schon im Zeitpunkte der Illation gewusst habe, dass Casse und Copiermaschiene nicht dem Mieter K, sondern dem L gehören[1]. Die aus dem Eigentumsrechte des L abgeleitete Berechtigung, die erwähnten Gegenstände aus dem Mietlocale fortzuschaffen, beruht zunächst allerdings auf Unkenntnis civilrechtlicher Bestimmungen; allein da bekannt war, dass diese Gegenstände vom Gerichte pfandweise beschrieben seien, da § 3 des Ges. v. 25. Mai 1883 (RGB. 78) mit dessen als eines Strafgesetzes Unkenntnis sich niemand entschuldigen kann, gepfändete Sachen der behördlichen Verfügung zu entziehen, ausdrücklich untersagt; da somit auch in Beziehung auf § 1 dieses Gesetzes angenommen werden muss, dass die Angekl., welchen überdies der Protest des Pfandgläubigers entgegen trat, sich dessen bewusst waren, rechts- und pflichtwidrig, also schuldhaft, zu handeln, so kann der von ihnen geltend gemachte Irrtum schliesslich doch in die Kategorie des § 3 StG. eingereiht werden.

Im Unrechte ist aber auch der Beschwerdeführer, soferne er, ausgehend von dem in den Urtheilsgründen nicht festgestellten Umstande, dass angeblich der von L gewählte Verwahrungsort der fortgeschafften Gegenstände dem Pfandgläubiger bekanntgegeben worden sei, bestreitet, dass diese Gegenstände „beiseite geschafft“ worden seien.

[1] V. die E. v. 13. Oct. 1874 bei G. U. 5499 und Geller Justizges. (3. Aufl.) I § 1101[4] fg.

Diesem Begriffe entspricht schon das unbefugte Ueberbringen an einen anderen Ort; das Moment des Dauernden, Definitiven bildet kein Begriffselement, wie denn auch Irreparabilität des etwa zugefügten Schadens als Thatbestandserfordernis nicht bezeichnet werden kann.

115.

408. 1. Falsches Zeugnis durch Verschweigung von Thatsachen. Begriff der Verschweigung. — 2. Unentschuldbarkeit des falschen Zeugnisses durch die aus der Betheiligung an einer strafgesetzwidrigen Handlung hervorgegangene Zwangslage.

(E. 17. Nov. 1888, Z. 10657. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: R. v. Cramer; Verth.: Dr. A. Nicoladoni.)

Gründe: Des im § 199 a StG. vorgesehenen Verbrechens des Betrugs durch Ablegung eines falschen gerichtlichen Zeugnisses wurde nach Inhalt der Urtheilsgründe der Angekl. deshalb schuldig erkannt, weil er am 19. April 1888 in der Strafsache des M wegen Uebertretung des § 411 StG. als Zeuge vernommen, Thatsachen, deren Wesentlichkeit für den Straffall ihm bekannt war, vorsätzlich verschwieg und in Ansehung eines concreten Umstands, über welchen er wirklich aussagte, eine wissentlich falsche Angabe vorbrachte. Der Einwendung, dass sich Angekl. durch vollständiges und wahrheitsgemässes Zeugnis der Mitschuld an der von M verübten Uebertretung des § 411 StG. geziehen hätte, deren er nunmehr auch schuldig erkannt worden ist, wird vom Erkenntnisrichter durch die Erwägung begegnet, dass Angekl. von der Begünstigung des § 153 StPO. keinen Gebrauch gemacht hat. Die auf § 281/9 a und b StPO. gestützte NB. des Angekl. versucht neben der Anrufung des im § 2 g StG. vorgesehenen Strafausschliessungsgrundes, der aus der Betheiligung des Angekl. an der Uebertretung des § 411 StG. abgeleitet wird, die Rechtsansicht zu vertreten, dass das Verschweigen von Umständen, um welche der Angekl. nicht wenigstens in allgemeiner Form befragt worden ist, keine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründe, sondern nur als die Ausübung des im § 153 StPO. gewährten Rechts sich darstelle. Um diese Rechtsansicht für den Angekl. verwerten zu können, wird in der Beschwerde mit Ausserachtlassung der Grundsätze der §§ 258 und 288, Z. 3 StPO. betont, dass im Hauptverhandlungsprotokolle vom 19. April 1888 zwar die Ertheilung der Wahrheitserinnerung, aber nicht der Inhalt derselben und ebensowenig die an den Angekl. gerichtete Frage ersichtlich gemacht sei. Allein der Inhalt der Wahrheitserinnerung ist im § 165 StPO. angegeben; die Aufforderung, nichts zu verschweigen, ist darin ausdrücklich enthalten, und der Angekl. hat niemals behauptet, dass bezüglich der Wahrheitserinnerung vom Gesetze abgewichen worden sei. Die an einen Zeugen gerichteten Fragen im Hauptverhandlungsprotokolle verzeichnen zu lassen, dazu besteht keine amtswegige Verpflichtung (§§ 271 und 458 StPO.). Einen Irrtum in Ansehung seiner Verpflichtung, die verschwiegenen Thatsachen anzugeben, hat Angekl. selbst nicht eingewendet und die Begünstigung des § 153 StPO. hat derselbe nicht angerufen. Es kann daher angesichts der Feststellungen der Urtheilsgründe nicht zweifelhaft sein, dass Angekl. auch in Ansehung der verschwiegenen Thatsachen nach § 199 a StG. verantwortlich ist. Von diesen Thatsachen abgesehen, bliebe übrigens Angekl. schon deshalb allein strafrechtlich verantwortlich, weil er, wie oben erwähnt, auch eine im Urtheile bezeichnete, positiv falsche Angabe gemacht hat. Wegen der Gefahr, bei Angabe der Wahrheit in der Richtung der §§ 5 und 411 StG. straffällig zu werden, kömmt ihm der Strafausschliessungsgrund des § 2 g StG. keineswegs zustatten. Diese Gefahr hat der Angekl. durch seine strafgesetzwidrige Betheiligung an der Uebertretung nach § 411 StG. selbst herbeigeführt; sie entschuldigt daher nicht.[1]

[1] Im gleichen Sinne: E. v. 16 Oct. 1880/288, 30. Aug 1886/957 u. a. m.

116.

409. Zum Begriffe des Thatorts (§ 51 StPO.).

(Beschluss 28. Nov. 1888, Z. 13810.)

Die StA. am KG. zu Neutitschein hat wider Heinrich G, technischen Leiter der Minenzünderfabrik zu A. im Sprengel des KG. Korneuburg und wider Johann A, Schreiber im Dienste der Kaiser Ferdinands-Nordbahn, wegen des im § 3 des Ges. v. 27. Mai 1885 (RGB. 134), vorgesehenen Vergehens die Anklage erhoben. Sie legt ihnen zur Last, Ersterem: dass er am 9. Juni 1888 eine Anzahl mit Frictionszündern gefüllter Kisten in vorschriftswidriger und ungenügender Verpackung und ohne die Signatur „nicht stürzen" per Bahn nach P im Sprengel des KG. Neutitschein expedieren liess; Letzterem: dass er als Aufsichtsorgan der Bahn und mit dem Inhalte der Kisten vertraut, im Widerspruche mit den bestehenden Anordnungen zuliess, dass diese Kisten am 12. Juni 1888 beim Abladen im Bahnhofe zu P von den Magazinsarbeitern gestürzt wurden; beiden: dass sie unter Umständen, welche eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum eines anderen herbeizuführen geeignet waren, den gehörig kundgemachten sicherheitspolizeilichen Bestimmungen in Betreff von Sprengstoffen, auf welche § 1, Abs. 1 des Ges. v. 27. Mai 1885 (RGB. 134) Anwendung findet, zuwiderhandelten und dass daraus thatsächlich eine schwere Körperverletzung des Arbeiters Leopold C und eine leichte Körperverletzung des Josef B hervorgegangen ist. Gegen diese Anklage hat Heinrich G Einspruch erhoben. Allein sowohl das OLG. zu Brünn als jenes zu Wien erklärten sich unzuständig, darüber zu erkennen; der einen Gerichtsbehörde gilt der Ort der Verpackung und Versendung, der anderen der Ort des Abladens der Kisten und des Ausfolgens derselben an die Besteller, als Thatort. Der OGH. entschied für die Zuständigkeit des Brünner OLG. vermöge der Erwägung: dass die Bestimmungen der §§ 1, 2 und 3 des Ges. v. 27. Mai 1885 (RGB. 134) im Zusammenhange mit der Vorschrift der §§ 335 und 336, lit. f StG. aufzufassen sind; dass im vorliegenden Falle, nachdem der Unfall, durch welchen Leopold C und Josef B körperlich beschädigt wurden, sich in der Bahnstation P ereignet hat, dieser im Sprengel des KG. Neutitschein gelegene Stationsplatz als Thatort anzusehen ist[1], zumal eine etwa schon vor dem Eintreffen in P actuell gewordene Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Menschen nach § 51, alinea 2 und 3 StPO. nicht weiter in Betracht zu ziehen ist; dass übrigens das KG. Neutitschein bereits seine Zuständigkeit in dieser Strafsache beiden Angekl. gegenüber anerkannt hat; dass diese Zuständigkeit auch von Heinrich G in seinem Einspruche nicht angefochten worden ist, vielmehr auch nach § 56 StPO. gegründet erscheint."

117.

410. Begriff des Diebstahls an Früchten auf dem Felde (StG. § 175, II a).

(E. 23. Nov. 1888, Z. 8686. Vors.: II. Präs. Dr. v. Stremayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Geschützt ist durch § 175 II a StG. allerdings nicht jede wo immer befindliche Feldfrucht, wohl aber jede „Frucht auf dem Felde" und daher unbestritten auch das Heu, wenn und insolange es sich auf dem Felde befindet. Zu der in der Nichtigkeitsbeschwerde gemachten Unterscheidung zwischen Früchten, die sich noch am Halme befinden (frutti pendenti) und solchen, bei welchen dies nicht mehr der Fall ist, die aber trotzdem noch auf dem Felde liegen bleiben, berechtigt weder der Wortlaut, noch der Zweck des Gesetzes. Das Gesetz will

[1] Auf demselben Grundgedanken beruht ein vom 6. Oct. 1887, Z. 10969, datierender Beschluss des Cassationshofs. Der Maschinenfabrikant Carl D in Neutitschein war beschuldigt, dass er zwei fehlerhaft construierte Dreschmaschinen an die Besteller nach Galizien (Bezirk Sokal) geliefert und dadurch verschuldet habe, dass bei Anwendung dieser Maschinen zwei Arbeiter körperlich schwer verletzt wurden (§ 335 StG.). Der CH. sprach sich für die Zuständigkeit des BG. Sokal aus, und stützte sich hiebei auf die Erwägung, „dass als Thatort nicht der Ort der Anfertigung und Absendung der vom D bezogenen Dreschmaschinen, sondern nur jener Ort angesehen werden kann, an welchem die körperliche Integrität von Menschen als das Schutzobject des § 335 StG. den zum Delictsthatbestande erforderlichen Angriff erlitt: also der im Sprengel des BG. Sokal gelegene Ort der wirklichen Benützung der Dreschmaschinen".



diese Gegenstände durch besonderen Schutz vor Diebstahl bewahren, dem sie infolge ihrer leichteren Zugänglichkeit und der für den Eigentümer erschwerten Bewachung in erhöhtem Maasse ausgesetzt sind. Diesem Zwecke aber würde es nicht entsprechen, wenn des besonderen Schutzes nur die wachsende und nicht auch die vom Boden getrennte (geschnittene) Frucht theilhaftig würde; ist es doch oft eine wirtschaftliche Notwendigkeit, vom Boden getrennte Feldfrüchte noch durch längere Zeit auf dem Felde (im Freien) zu belassen, sei es, um ein vollständiges Trocknen derselben zu erzielen, sei es, um sie bei geeigneter Jahreszeit in Verwahrung zu bringen, oder um dieselben später dem Orte ihrer Bestimmung zuzuführen.

118.

411. Zurechenbarkeit der Mitschuld oder Theilnahme des zweimal vorbestraften Diebes an einem an sich nur als eine Uebertretung darstellenden Diebstahle von mehr als 5 fl. als Verbrechen nach § 176 II a StG.

(E. 23. Nov. 1888, Z. 9125. Vors.: II. Präs. Dr. v. Stremayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Weder Art. IV des EinfPat. zum StG., noch § 177 StG. haben auf die in Erörterung stehende Frage eine Beziehung; Art. IV des EinfPat. nicht, weil vom Gerichtshofe keineswegs eine analoge Anwendung von Bestimmungen des StG. unternommen, vielmehr nur § 176 II a StG. einer Interpretation unterzogen wurde; § 177 StG. deshalb nicht, weil gegen den Beschwerdeführer R die Bestimmung des § 176 II a StG. nicht etwa in dem Anbetrachte zur Anwendung gebracht wurde, dass der unmittelbare Thäter, der Mitangekl. M. zweimal wegen Diebstahls gestraft war, die Anwendung dieser Gesetzesstelle gegen R vielmehr vermöge der Erwägung erfolgte, dass er selbst schon zwei Vorstrafen wegen Diebstahls erlitten hatte. Diese Auffassung des Gerichts ist aber unbestreitbar richtig. Mitschuld am Diebstahle (Anstiftung zu demselben) begründet nicht etwa eine von Diebstahl verschiedene strafbare Handlung, ein Delict für sich; die Mitschuld ist vielmehr eine Form, eine Gestalt, in welcher das Verbrechen des Diebstahls sich darstellen kann. Dies findet klaren Ausdruck im § 5 StG., wonach nicht nur der unmittelbare Thäter, sondern auch der Mitschuldige das Verbrechen, das ist jenes concrete Verbrechen (im vorliegenden Falle den Diebstahl) begeht, um dessen Zurechnung es sich handelt. Dem entspricht es auch, dass in der Fassung der Strafurtheile ausgesprochen wird, der Angekl. sei des Verbrechens des Diebstahls als unmittelbarer Thäter, als Mitschuldiger u. s. f. schuldig; immer ist es das Verbrechen des Diebstahls, dessen er schuldig erkannt wird. Zufolge dieser gesetzlichen Gleichstellung des Mitschuldigen mit dem unmittelbaren Thäter ist es unerheblich, dass § 176 II a StG. dem System des StG. gemäss (welches den Thatbestand der Delicte durchgehends mit Rücksicht auf den unmittelbaren Thäter definiert) nur des „Thäters“ erwähnt. Für die Anwendung des § 176 II a StG. erscheint es daher vollkommen gleichgiltig, ob die Vorstrafen, um deren Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkte des § 176 II a StG. es sich handelt, den Angekl. als unmittelbaren Thäter oder als Mitschuldigen trafen; und ebenso ist es gleichgiltig, ob der Angekl. im zweiten Rückfalle des Diebstahls als unmittelbarer Thäter oder als Mitschuldiger schuldig erkannt wird.

Es ist daher ganz unzutreffend, wenn die NB. gegen die vom Gerichtshofe aufgestellte Qualification der That geltend macht, eine Handlung, die an sich eine Uebertretung sei, könne für den Mitschuldigen und Theilnehmer nicht dadurch zum Verbrechen werden, dass der letztere sich in solchen persönlichen Verhältnissen befindet, welche die That zum Verbrechen gestalten würden, wäre er selbst der Thäter. Denn es handelt sich ja bei Anwendung des § 176 II a StG. überhaupt nicht um ein Qualificationsmoment, welches der objectiven Beschaffenheit der That entnommen wäre, sondern um ein solches, welches der Persönlichkeit des Thäters entspringt, so dass derselbe Diebstahl sich für den Thäter zur Uebertretung, für den Mitschuldigen aber zum Verbrechen nach § 176 II a StG. eignen kann und umgekehrt.

119.

412. Zwangsvollstreckungsvereitlung. Inwiefern künftige Alimentationsraten bei Berechnung des Schadens in Anschlag gebracht werden können.

(E. 30. Nov. 1888, Z. 7889. — Vors.: Hofr. Dr. R. v. Harrasowsky; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber.)

Gründe: Die nach dem Ausspruche des erkennenden GH. dem Josef V als unmittelbaren Thäter und dem Anton F als Mitschuldigen zur Last fallende That wäre gemäss § 1 des Ges. v. 25. Mai 1883 (RGB. 78) in dem Falle, wenn der dadurch zugefügte Schade mehr als 50 fl. beträgt, als Vergehen, andernfalls aber als Uebertreibung zu beurtheilen. Diesbezüglich heisst es in den Entscheidungsgründen des angef. U., dass dem Josef V bekannt sein musste, dass die Forderung des uneheliches Kindes Juliana Z mit der Zeit über 50 fl. betragen werde, und obwohl der an sich ganz richtige Grundsatz aufgestellt wird, dass jede strafbare Handlung und die einzelnen Umstände, daher auch das Merkmal des zugefügten Schadens, nach dem Stande zur Zeit der That und nicht nach späteren Ereignissen, die überdies noch ungewiss sind, zu beurtheilen sind, spricht der erkennende Gerichtshof doch die Ueberzeugung aus, dass im vorliegenden Falle, da Josef V nunmehr kein Vermögen besitzt, der dem genannten Kinde verursachte Schade den Betrag von 50 fl. übersteige, zu welcher Schlussfolgerung der GH. nur unter der Voraussetzung gelangt sein konnte, dass er nicht den Tag der incriminierten That, sondern jenen der Urtheilsfällung als den terminus annahm, bis zu welchem bei Berechnung des Schadens die für dieses Kind vom 27. Juli 1885 angefangen, mit 3 fl. monatlich zu leistenden Alimentsraten zu zählen seien. Die derartige Abgrenzung des Umfangs der dem Kinde Juliana Z durch die incriminierte That zugefügten Vermögensbeschädigung stellt sich jedoch als eine rechtsirrtümliche dar und unterliegt dieselbe deshalb der Correctur durch den Cassationshof. Der Schade, um welchen es sich vorliegend handelt, muss nach dem Zeitpunkte der Entziehung des Executionsobjects, das ist nach dem Tage, an welchem Josef V mit Anton F den Vertrag ddo. 31. Dec. 1885 abgeschlossen hat, wodurch er sein Realvermögen dem Zugriffe der Vertretung des genannten minderjährigen Kindes entzog, beurtheilt werden. Dieser Zeitpunkt gestattet aber nur das Zusammenrechnen der bereits verfallenen monatlichen Alimentationsraten, wonach es ausser Zweifel steht, dass der durch die incriminierte That zugefügte Schade mit Rücksicht auf die vom 27. Juli 1885 angefangen bis zum 31. Dec. 1885 somit für 5 Monate à 3 fl. verfallenen Alimentationsraten und auf die nach Inhalt des Urtheils vom 22. Oct. 1885 zu ersetzenden Gerichtskosten per 13 fl. $27\frac{1}{2}$ kr., die Summe von 50 fl. nicht erreicht. In Beziehung auf die Zukunft tritt aber die eigentümliche Natur des in Frage stehenden Forderungsrechts in den Vordergrund, welches einerseits eine active Vererbung nicht zulässt, anderseits aber in Beziehung auf Fortbestand und Umfang vielfach durch Verhältnisse bedingt ist, welche ebensowohl auf Seite des Schuldners, als auch auf Seite des forderungsberechtigten Kindes eintreten können, und zur Zeit der dem Angekl. zur Last fallenden That völlig ungewiss waren. Dazu kommt noch, dass vorliegend die Absicht zu Schaden kein Delictsmerkmal bildet, und dass der Tag der Urtheilsfällung, weil von dem Willen der Angekl. unabhängig, für die Qualification ihrer That unmöglich maassgebend sein kann. Dem Gesagten zufolge ist daher die der Entscheidung zugrunde liegende That vom erkennenden Gerichtshofe durch unrichtige Auslegung des § 1 des Ges. vom 25. Mai 1883 (RGB. 78) als ein Vergehen qualificiert worden, während dieselbe nach eben dieser Gesetzesstelle nur eine Uebertretung darstellt, wonach das angef. U. zwar nicht mit der Nichtigkeit der Ziffer 9 a, wohl aber mit jener der Ziffer 10 des § 281 StPO. behaftet erscheint.

120.

413. Begriff des „öffentlichen" Gewerbes (§ 199 c St. G.): Markthandel.

(Cass.-E. 3. Dec. 1887, Z. 8420. Vors.: Hofr. Rakwicz; GP.: GA. Siegler v. Eberswald.)

Gründe: Die Leinwandhändlerin K wurde mit U. des KG. Neu-Sandez vom 16. Mai 1888 der Uebertretung des Betrugs nach den §§ 205 und 461 StG. schuldig erkannt, begangen dadurch, dass sie in der Absicht, den Käufern Schaden

zuzufügen, beim Messen der Leinwand eines falschen Metermaasses sich bediente. Den Thatbestand des Verbrechens des Betrugs nach den §§ 197 und 199 c StG. hat der GH. deshalb ausgeschlossen, weil festgestellt wurde, dass Angekl. das obige Gewerbe nicht in einem hiezu bestimmten Locale, sondern auf Märkten ausgeübt hat, und daher von dem falschen Metermaasse nicht in einem „öffentlichen“ Gewerbe Gebrauch gemacht worden ist. Gestützt auf den Nichtigkeitsgrund des § 281/9 a StPO., bekämpft die StA. diese Rechtsanschauung. Von derselben wird der Standpunkt vertreten, dass zum Begriffe der Oeffentlichkeit im Sinne des § 199 c StG. keineswegs eine im vorhinein bestimmte und begrenzte Räumlichkeit erfordert wird, dass vielmehr auch dann, wenn der gewerbsmässige Verkauf von Waaren mittelst falschen Maasses auf Märkten stattgefunden hat, der Charakter des öffentlichen Gewerbes im Sinne des § 199 c StG. vorliegt, und dass daher gegebenenfalls die der Entscheidung zugrunde liegende That durch unrichtige Gesetzesauslegung einem Strafgesetze unterzogen wurde, welches darauf keine Anwendung findet. Diese NB., in welcher eigentlich der Nichtigkeitsgrund des § 281/10 StPO. geltend gemacht wurde, ist begründet. Das im § 199 c StG. betonte Merkmal der Offentlichkeit ist in Beziehung auf den Gebrauch falschen Maasses oder Gewichts seitens Handelstreibender auf Märkten keineswegs ausgeschlossen; denn abgesehen davon, dass gemäss § 60 des Ges. vom 15. März 1883 (RGB. 69) ein derartiger Gewerbsbetrieb gestattet ist und dass, gemäss der bestehenden Aichvorschriften, auch auf Märkten die gebrauchte Maasse und Gewichte amtlicher Ueberwachung unterliegen, tritt auf dem Markte, vermöge der dieser Institution innewohnenden Publicität, das Vertrauen der Partei in die Richtigkeit der durch den Verkäufer gebrauchten Maasse und Gewichte in einem erhöhten Maasse zutage und macht sich in der Schädigung dieses öffentlichen Vertrauens das für die Existenz des § 199 c StG. entscheidende Moment in einem bedeutend höheren Grade geltend, als dies z. B. beim Verkaufe von Waaren in einem Verkaufsladen, Gewölbe u. s. w. der Fall ist. Dadurch erscheint die eingangs bezogenene Anschauungs des Gerichtshofs widerlegt und bedarf es nicht erst noch einer näheren Auseinandersetzung, dass der gewerbsmässig betriebene Verkauf von Waaren auf Märkten „öffentlich“ erfolgt, und dass daher die in den Beweggründen erfolgte Hinweisung auf die E. des Cassationshofs vom 28. März 1881/322 (Geller Justizges. (3. Aufl.) V StG. § 199c[4]) und die derselben vom Erkenntnisrichter unterlegte Auslegung auf einem offenbaren Rechtsirrtume, auf einem Verkennen der thatsächlichen Grundlagen dieser Entscheidung beruht. Dies vorausgesetzt musste der NB. Folge gegeben, das angef. U. aufgehoben und in Gemässheit des § 288/3 StPO., mit Zugrundelegung der erstr. thatsächlichen Feststellungen, die Angekl. des Verbrechens des Betrugs nach den §§ 197 und 199 c StG. schuldig erkannt werden.

121.

414. Begriff des Betrugs: Betrug durch Nichterfüllung einer vertragsmässigen Zusage?

(Plen.-E. 5. Dec. 1888, Z. 11241. Vors.: SP. Dr. Habietinek; GP.: GA. Siegler v. Eberswald.)

Ueber die von der zur Wahrung des Gesetzes erhobene NB. erkannte der Cassationshof zu Recht: Durch die bezeichneten Urtheile ist das Gesetz, und zwar insbesondere in den Bestimmungen der §§ 197, 205 und 461 StG. verletzt worden. Diese Urtheile werden daher aufgehoben und es wird A von der Anklage wegen Betrugs gemäss § 259 Z. 3 StPO. freigesprochen. Gründe: Mittels U. des BG. in Husiatyn v. 17. Nov. 1887 wurde A der Uebertretung der Winkelschreiberei und der Uebertretung des Betrugs nach § 461 StG. schuldig erkannt und hiefür gemäss MVdg. v. 8. Juni 1857 (RGB. 114) und § 461 StG. zur Arreststrafe in der Dauer von zehn Tagen nebst Tragung der Kosten des Strafverfahrens verurtheilt. Das KG. zu Tarnopol, welchem die Acten zufolge Berufung des Verurtheilten vorgelegt wurden, hat zwar laut E. v. 27. Juni 1888 den Schuldspruch wegen Uebertretung der Winkelschreiberei beseitigt, im übrigen aber das obige U. bestätigt. Der Verurtheilung wegen Betrugs haben beide Instanzen den nachfolgenden Sachverhalt zugrunde gelegt:

Laut Aussage der Zeugin M und eigenen Geständnisses des Angekl. verpflichtete sich letzterer am 23. Sept. 1887, gegen Entlohnung von 66 Kreuzern, auf deren Rechnung er sogleich 40 Kreuzer erhielt, namens der M eine Bagatellklage wider H wegen Zahlung von Schadenersatz zu verfassen und bei Gericht zu überreichen. Dieser Verpflichtung ist jedoch Angekl. bis zum 26. Oct. 1887 nicht nur nicht nachgekommen, sondern er hat gegenüber der zu wiederholten Malen bei ihm erschienen M stets wahrheitswidrig behauptet, dass er die Klage bereits bei Gericht eingebracht habe. Auch abgesehen davon, dass die Feststellung, der gemäss M zu wiederholten Malen beim Angekl. nachgefragt haben und von demselben stets in obiger, wahrheitswidriger Weise beschwichtigt worden sein soll, in den actenmässigen Aufzeichnungen keinen Anhalt findet, ist in dem der Urtheilsfällung zugrunde gelegten Thatbestande der Begriff des Betrugs nicht verwirklicht. Es liegt nemlich nicht vor, dass die Zusage, die Klage zu verfassen, überhaupt nicht ernst gemeint, sondern nur eine Vorspiegelung war, um die Beschädigte in Form einer Entlohnung zu einer Wertleistung zu bestimmen. Noch weniger liegt vor, dass Angekl. wissentlich falsch vorbrachte, die Klage sei bereits überreicht, und dass er sich dieser Lüge bediente, um etwa die Beschädigte zu ihrem Schaden davon abzuhalten, dass sie die Klage von einer anderen Person verfassen und überreichen lasse. Einfache Nichterfüllung einer Zusage aber begründet schon wegen mangelnden Zusammenhangs zwischen Täuschung und Schädigung keinen Betrug. Was also dem Angekl. zur Last fällt, kann nicht als Verletzung des Strafgesetzes gelten, sondern stellt sich lediglich als eine gemäss § 919 bGb. auf den Civilrechtsweg gehörige Nichtzuhaltung eines Vertragsversprechens dar.

122.

415. 1. Majestätsbeleidigung durch die Form des Vorbringens einer an sich unsträflichen Aeusserung (StG. § 6). 2. Unterschied des dolus vom Motiv.

(E. 7. Dec. 1888, Z. 11.561. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Zweifellos irrt der Gerichtshof, wenn er die Anschauung ausspricht, bei Würdigung einer Aeusserung unter dem Gesichtspunkte des § 63 StG. komme es lediglich auf den Grundgedanken und nicht auch auf die Form an, in welcher dieser Gedanke Ausdruck fand, und es sei ein strafbarer Thatbestand überall dort nicht gegeben, wo ein an sich die Ehrfurcht gegen den Kaiser nicht verletzender Gedanke in einer, wenn auch ehrfurchtsverletzenden Form zutage tritt. Denn gleichwie Ehrenkränkungen im allgemeinen ihren strafbaren Charakter entweder durch ihren Inhalt oder durch die injuriöse Form erhalten, in der sie vorgebracht werden, so und in noch höherem Maasse ist dies bei dem Verbrechen der Majestätsbeleidigung der Fall, zu dessen Thatbestand nicht eine Beleidigung des Monarchen (im gewöhnlichen Sinne) erfordert wird, welches vielmehr schon durch eine Erfurchtsverletzung gegen denselben begangen wird. Ist es nun gewiss, dass der nach der Auffassung des Gerichtshofs in der Aeusserung des Angekl. liegende Grundgedanke, Seine Majestät der Kaiser habe keine Eroberungskriege geführt, dann keinen Anlass zur Anwendung des § 63 StG. bieten könnte, wenn derselbe in einer die Ehrfurcht gegen Seine Majestät wahrenden Weise — etwa unter dem Ausdrucke der Dankbarkeit für Schonung des Guts und Bluts der Staatsbürger — ausgesprochen wurde, so steht es anderseits nach der thatsächlichen Annahme des Gerichtshofs nicht minder fest, dass dies im vorliegenden Falle nicht zutraf, dass der Angkl. diesen Grundgedanken mit einer hämisch-kritischen Bemerkung begleitete, in welcher Verhöhnung und Verspottung des Monarchen, somit Ehrfurchtsverletzung gegen denselben, so unverkennbar zutage tritt, dass das gesunde Gefühl der Zeugen dieser Aeusserung keinen Augenblick über den strafbaren Charakter derselben im Zweifel blieb. Der Gerichtshof hat also das Gesetz verletzt, indem er die Bestimmung des § 63 StG. auf den vorliegenden Thatbestand deshalb für unanwendbar hielt, weil er aus den vom Angekl. in einer Form, welche geeignet war, die Ehrfurcht gegen den Kaiser zu verletzen, ausgesprochenen Worten, einen Satz abstrahieren zu können glaubte, welcher, wenn in nicht beleidigende Form gekleidet, allenfalls nicht dem Strafgesetze unterlegen wäre.

Nicht entsprechender erscheinen die Ausführungen des Gerichtshofs in der Frage des dolus. Die einzige zu untersuchende Frage war die, ob der Angekl. sich der nach dem Gesagten in seinen Worten zweifellos objectiv gelegenen Ehrfurchtsverletzung gegen Seine Majestät den Kaiser bewusst war. Die Urtheilsbegründung lässt erkennen, dass der Gerichtshof bei der Urtheilssprechung von dieser allein richtigen Grundlage nicht ausgegangen ist. Statt nemlich die eben formulierte Frage zu erörtern, frägt sich der Gerichtshof, ob die Tendenz des Angekl. dahin gieng, die dem Kaiser schuldige Ehrfurcht zu verletzen. Insbesondere an jener Stelle der Urtheilsgründe, wo der Wiederholung der Aeusserung gedacht wird, bemerkt der Gerichtshof, auch aus der Wiederholung der Aeusserung allein lasse sich diese Tendenz nicht mit Sicherheit deducieren, weil der Angekl. sich dazu (zur Wiederholung der Aeusserung) erst aus Trotz gegen N hinreissen liess. In dieser Begründung zeigt sich deutlich die Verwechslung des Endmotivs mit dem zur Zurechnung des Verbrechens erforderten dolus. Die Anklage hatte nemlich mit Recht betont, es habe dem Angekl. das Bewusstsein der Strafbarkeit seines Thuns zum mindesten bei Wiederholung der incriminierten Worte nicht fehlen können, da er von N wegen seiner Aeusserung zurechtgewiesen worden sei. Statt nun diese Behauptung zu widerlegen und nachzuweisen, dass der Angekl. trotz dieser Zurechtweisung den strafbaren Charakter dieser Worte nicht einsah (was allein die Freisprechung hätte rechtfertigen können), befasst sich der Gerichtshof damit, das (juristisch vollkommen irrelevante Motiv) festzustellen, welches den Angekl. zur Wiederholung seiner Worte bestimmte, den angeblichen Trotz gegen N; als ob eine Majestätsbeleidigung deshalb aufhörte strafbar zu sein, weil sie zu dem Zwecke vorgebracht wird, um dadurch Trotz gegen dritte Personen zu beweisen. Das U. erweist sich daher auch in der Beurtheilung der subjectiven Seite der That rechtsirrtümlich. Dasselbe ist somit nach § 281 Z. 9 a StPO. aufzuheben. Da aber die Feststellungen des Gerichtshofs rücksichtlich der zur Zurechnung erforderlichen bösen Absicht nicht zu einem sofortigen Erkenntnisse in der Sache selbt genügen, ist die Sache nach § 288, Z. 3 StPO. zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Kreisgericht zu verweisen.

123.

416. Legitimation des Machthabers des Beschuldigten (§ 455, al. 3 StPO.) zur Anmeldung von Rechtsmitteln, auch wenn die Befugnis hiezu in der Vollmacht nicht insbesondere ertheilt ist.

(Plen.-E. 13. Dec. 1888, Z. 11806. Vors.: II. Pr. Dr. v. Stremayr; GP.: GP. v. Cramer.)

Gründe: A und B, gegen welche, wie aus den Acten zu entnehmen ist, das Strafverfahren wegen Uebertretung der §§ 10, 11 und 18 des Pressgesetzes in Antrag gebracht wurde, erschienen zu der bei dem st.-del. BG. Linz für den 23. Mai 1888 angeordneten Verhandlung nicht, sondern liessen sich hiebei durch Dr. C als Bevollmächtigten vertreten. Die Verhandlung endete mit der Verurtheilung der Angekl. wegen der Uebertretung nach §§ 10 u. 11 PG. Sofort nach Verkündigung des Schuldspruchs meldete Dr. C, durch den Inhalt der Vollmachten hiezu ausdrücklich befugt, die in der Folge (durch einen Advocaten) auch rechtzeitig ausgeführte Berufung gegen Schuld und Strafe an, welche jedoch das LG. in Linz mit dem Beschlusse vom 15. Juni 1888 nach § 469 StPO. in nicht öffentlicher Sitzung zu verwerfen fand. Dasselbe gieng hiebei von der Erwägung aus, dass der in die Vertheidigerliste nicht eingetragene Dr. C lediglich als „Machthaber" der Angekl. anzusehen, als solcher jedoch nur berechtigt sei, seine Auftraggeber bei der nach 458 StPO. vor der Urtheilsverkündigung endenden Hauptverhandlung zu vertreten; dass seine Befugnis nur so weit reiche, als der Verzicht des Beschuldigten auf persönliche Antheilnahme an dem Verfahren zulässig ist; dass die Bestimmung des § 457 StPO. ihm sogar die Möglichkeit benehme, auf die Schlussanträge des Ankl. zu anworten, und dass er demnach auch kein Recht habe, für den Angekl. ein Rechtsmittel zu ergreifen; mangels ordnungsmässiger Anmeldung könne endlich auf die Ausführung der Berufung kein Bedacht genommen werden. Allein Wortlaut und Geist des Gesetzes tritt dieser Auffassung entgegen. Im § 455 und den einschlägigen Bestimmungen des IV. Hauptstücks

der StPO. (§ 447) ist, wie dies zum Theile auch die Specialmotive zur gleichlautenden Stelle des Entwurfs IV der StPO.[1] aussprechen, dem Institute der Bevollmächtigten keine andere Beschränkung auferlegt, als: *a*) dass Personen, welche, ohne in die Vertheidigerliste eingetragen zu sein, aus solchen Vertretungen ein Gewerbe machen, als Machthaber nicht zugelassen werden; *b*) dass das Gericht durch Aufstellung des Machthabers nicht gehindert ist, in allen Fällen, wo es dies für nötig findet, das persönliche Erscheinen des Beschuldigten zu veranlassen, und *c*) dass der Angeschuldigte, wenn er erscheint, nur einen Vertheidiger, nicht aber einen Machthaber beiziehen kann. Aus dem Erfordernisse „besonderer Vollmacht“ kann nur gefolgert werden, dass die ertheilte Vollmacht auf die in Frage kommende Gattung von Geschäften lauten müsse (§§ 1006 u. 1008 bGb.); selbst wenn sie dem Machthaber nicht ausdrücklich die Befugnis, Rechtsmittel anzumelden. einräumen würde, müsste er zur Ergreifung derselben, als eines mit der Natur des übertragenen Geschäfts notwendig verbundenen Mittels, berechtigt angesehen werden (§ 1009 bGb.). — Um so minder aber ist einzusehen, weshalb das Recht, eine solche Befugnis einzuräumen, dem Beschuldigten aberkannt werden soll. Ist er doch nach der Natur der Sache, und wie aus § 457 StPO. erhellt, berechtigt, durch den Bevollmächtigten über die Anklage und die vorgeführten Beweismittel Aeusserungen abzugeben, also selbst ein Schuldbekenntnis abzulegen. Wenn aber die Berufungsinstanz dieser Gesetzesstelle die Deutung giebt, als sei dem Bevollmächtigten verwehrt, auch über die Schuldanträge des Anklägers und Privatbetheiligten Aeusserungen abzugeben, so wird auch diese Deutung durch den gesetzlichen Wortlaut und durch den Rückblick auf § 419 StPO. v. J. 1853 und die Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung widerlegt, wonach mit Grund angenommen werden muss, dass es der Gesetzgeber lediglich als überflüssig ansah, an der betreffenden Stelle neben dem Beschuldigten und dessen Vertheidiger auch noch den Bevollmächtigten ausdrücklich anzuführen. Es wurde demnach durch den erwähnten Beschluss der Berufungsinstanz das Recht der Angeklagten, sich gegen ein zu ihrem Nachtheil ergangenes und, wie sie glauben, dem Gesetze nicht entsprechendes Urtheil nach Maassgabe der §§ 463, 464 StPO. zu beschweren, beeinträchtigt und das Gesetz insbesondere in den §§ 455, 469 StPO. verletzt.

124.

417. Militärwachen und Posten jeder Art sind als im Dienste stehend zu betrachten. In den Dienstbereich gehören insbesondere auch Vorkehrungen gegen die Verunreinigung der am Schranken lehnenden Gewehre (§ 68 StG.).

(Plen.-E. 13. Dec. 1888, Z. 13230. Vors.: II. Präs. Dr. v. Stremayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Dr. M, Gemeindearzt in Cattaro, durchschritt am 11. Mai 1887 das von einer Militärwache besetzte Thor S. Francesco in Cattaro. Ein Hund, den Dr. M mit sich führte, näherte sich dem Gitter, an welchem die Gewehre der Wachmannschaft angelehnt standen. Um zu verhüten, dass der Hund dieselben etwa verunreinige, vertrieb ihn der Infanterist Franz K, Avisoposten der Wachabtheilung, über Auftrag des Wachcommandanten, Gefreiten Josef B, in der Weise, dass er ihm einen Schlüssel nachwarf. Dr. M darüber erzürnt, versetzte dem Infanteristen K eine Ohrfeige. In dieser Weise stellt das Gericht erster Instanz den Thatbestand unter Würdigung der im wesentlichen allseitig übereinstimmenden Ergebnisse das Verfahrens fest, und auch die zweite Instanz hält in allen erheblichen Punkten denselben Sachverhalt für erwiesen. Während jedoch das st.-del. BG. Cattaro mit dem U. vom 29. August 1887 den Angekl. der Uebertretung gegen öffentliche Anstalten und Vorkehrungen nach § 312 StG. schuldig erkannte, indem dasselbe annahm, dass der Infanterist K sich in Ausübung seines Dienstes, zu dem auch die Sorge für die Reinerhaltung der Waffen gehöre, befunden, und dass Dr. M diese dienstliche Stellung des Infanteristen K aus den Umständen wohl zu erkennen vermocht habe, fällte das KG. in Cattaro als Berufungsinstanz am 2. März 1888 ein freisprechendes U., welchem die Erwägungen zu-

[1] Vergleiche Dr. Salomon Mayer's Entstehungsgeschichte der österreichischen Strafprocessordnung vom 23. Mai 1873, Seite 1045.



grunde liegen, „dass die Zugehörigkeit eines Soldaten zu einem Wachkörper noch nicht bedingt, dass derselbe immer in Ausübung seines Dienstes oder in Ausführung eines öffentlichen Auftrags sich befinde, nachdem er in Zwischenräumen der Ruhe pflegen und anderen Anforderungen des Lebens entsprechen kann; dass Civil- und Militärfunctionäre immer zur Ausführung öffentlicher Aufträge bereit sein müssen, dass aber § 312 StG. nicht auf alle, sondern nur auf jene Beleidigungen dieser Functionäre anwendbar ist, die denselben in Ausübung ihres Amts oder Dienstes zugefügt werden; dass unter den öffentlichen Aufträgen die ein zu einem Wachkörper gehöriger Soldat zu erfüllen hat, wie sich auch aus der Note des Kriegshafencommandos Cattaro vom 10. Juni 1887 ergebe, sich nicht jener befindet, Hunde zu verjagen, die sich dem an einer öffentlichen Strasse gelegenen Gitter nähern, an welchem die Gewehre der Wachmannschaft angelehnt sind, und umsoweniger jener, einen Hund zehn Schritte von den Waffen entfernt zu schlagen; dass ein solcher Act von der Sanction des § 312 StG. nicht geschützt sein kann; dass jedenfalls Dr. M, als er eines Soldaten ansichtig wurde, der mit einem Schlüssel, oder sei es auch mit einem Steine bewaffnet, einen Hund grausam schlug (incrudice col percuotere), welcher militärischen Personen oder Sachen keinerlei Schaden zugefügt hatte, in diesem Soldaten nicht ein Mitglied der Armee erkennen konnte, das seinen Dienst ausübt und welchem demzufolge jene grössere Ehrfurcht gebürt, welche diese Institution und das Gesetz fordern."

Dieses U. muss als rechtsirrtümlich bezeichnet werden. Zunächst fällt auf, dass der Gerichtshof, obgleich er auch von seinem Standpunkte aus anerkennt, die Handlung des Angekl. begründe die auf Privatanklage zu verfolgende Uebertretung des § 496 StG., eine vom Berechtigten erhobene Privatanklage vermisst, während doch der Infanterist K, der Beleidigte, bei seiner am 13. Mai (also zwei Tage nach der That) beim Garnisonsgerichte in Cattaro stattgefundenen Vernehmung ausdrücklich sagt: „Ich bitte verfügen zu wollen, dass der oberwähnte Stadtarzt (Dr. M) für die Misshandlung, die er mir als Avisoposten in Ausübung meines Dienstes angethan hat, gehörigen Orts betraft werde." Es lag somit ein ausdrückliches Begehren des Beleidigten um Bestrafung vor; und nachdem das Verfahren nur über öffentliche Anklage (wegen der Uebertretung nach § 312 StG.) durchgeführt worden war, hätte das Berufungsgericht in consequenter Durchführung seiner, wenn auch unrichtigen Rechtsanschauung, wonach sich die Handlung nur als Uebertetung des § 496 StG. darstellte, verfügen sollen, dass nunmehr in letzterer Richtung, auf Grund der vom Beleidigten erhobenen Anklage und unter Vorladung des Beleidigten als Privatklägers, verfahren werde. Es wäre dann eine unter allen Umständen strafbare That zum mindesten nicht straflos geblieben.

Aber die Rechtsanschauung selbst, von der sich das KG. Cattaro bei Beseitigung der Qualification nach § 312 StG. leiten liess, erscheint durchaus unhaltbar. Wie schon die in den Urtheilsgründen des Berufungsgerichts citierte Note des Kriegshafencommandos Cattaro ergiebt und wie eine Prüfung der Bestimmungen des Dienstreglements für das k. k. Heer, II. Auflage, Erster Theil, XII. Abschnitt des näheren erweist, sind Wachen und Posten jeder Art als im (Wach-) Dienste stehend zu betrachten (§ 73, Punkt 534); die Mannschaft darf sich von der Wache nicht eigenmächtig entfernen (§ 77, Punkt 568); die Wache muss jeden Augenblick in der Verfassung sein, unter das Gewehr treten zu können; mindestens der vierte Theil der Wachmannschaft soll (ausgenommen bei Unwetter und strenger Kälte) in der Nähe der Gewehre ausserhalb der Wachstube verweilen (§ 77, Punkt 568), in den Wachstuben und in deren Umgebung muss Ordnung und Reinlichkeit herrschen (§ 77, Punkt 573); die Wachmannschaft hat die ausserhalb des Wachzimmers am Gewehrschranken lehnenden Gewehre zu überwachen (Note des Kriegshafencommandos). Es ist daher durchaus unrichtig, wenn die Gründe des Berufungserkenntnisses die Stellung der Wachmannschaft als einer dienstbereiten, aber nicht dienstthuenden auffassen, und ganz besonders unzutreffend ist dies bezüglich des Infanteristen K, der den Dienst als Avisoposten der Wache versah, der im Auftrage seines Vorgesetzten einschritt und dessen Thätigkeit geradezu die den Wachen zur Pflicht gemachte Bewachung der Waffen vor Beschädigung (Verunreinigung) bezweckte. Die Bemerkung der Urtheilsgründe, unter den Pflichten der Wachmannschaft erscheine nicht jene, Hunde zu vertreiben, verdient eine ernste Widerlegung nicht, da doch feststeht, dass das Ver-

jagen des Hundes im vorliegenden Falle zum Schutz der Waffen, also zur Erreichung eines dienstlichen Zwecks, notwendig war.

Mit Grund kann daher nicht bestritten werden, dass K sich im Zeitpunkte, als er thätlich beleidigt wurde, in Ausführung eines obrigkeitlichen Auftrags und in Ausübung seines Dienstes befand.

Es liegt daher eine irrige Auslegung der §§ 63 und 312 StG. und damit Nichtigkeit des Urtheils im Sinne des § 281/9a StPO. vor.

125.

418. 1. Aufsichtspflicht (§ 376 StG.) des Kindes gegenüber seinen Eltern. 2. Begriff der Causalität im Sinne des § 335 StG.

(E. 14. Dec. 1888, Z. 10571. Vors.: I. Präs. Dr. v. Schmerling; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber.)

Gründe: In Gesellschaft mehrerer Personen nachts zu Schlitten vom Marktorte heimkehrend, unterliess es der Angekl., seinem 66jährigen Vater, welcher den Heimweg zu Fuss angetreten hatte, eine Obsorge zuzuwenden, obgleich der Vater mitgenommen zu werden ausdrücklich verlangte, die Reisegefährten mit Hinweisung auf die Sohnespflicht in den Angekl. drangen und letzterer wegen der Angetrunkenheit des Vaters und des durch eine hohe Schneelage und durch Schneegestöber erschwerten Gehens darüber nicht unklar sein konnte, welcher Gefahr, sich selbst überlassen, der Greis preisgegeben sei. In der That ist derselbe unterwegs erfroren. Vermöge der Annahme, dass dieser Todesfall aus der incriminierten Unterlassung des Angekl. hervorgegangen sei, wurde Angekl. wegen des im § 335 StG. bezeichneten Vergehens straffällig erklärt. Was der Verurtheilte, gestützt auf § 281, Z. 9 a und b, dann 10 StPO. hiegegen vorbringt, kann ihn von der auferlegten Verantwortlichkeit nicht befreien. Ob für ihn eine rechtliche oder nur eine ethische Verpflichtung bestand, sich des Vaters anzunehmen, bleibt durchaus unentscheidend. Der hier zunächst zutreffende § 376 StG. anerkennt auch eine natürliche Verpflichtung zur Aufsicht, und Wortlaut und Geist des Gesetzes gestatten nicht, zu zweifeln, dass eine solche Verpflichtung auch auf Seite der Kinder zu Gunsten ihrer Eltern in Betracht kommen kann. Das Bestreiten der im § 335 StG. vorausgesetzten Einsicht bleibt wirkungslos, da aus den Feststellungen der Urtheilsgründe nicht erkennbar ist, dass dem Angekl. ein solcher Grad des Fleisses und der Aufmerksamkeit zugemutet werde — (§ 1297 bGb.) — der nur bei ungewöhnlicher Befähigung gefordert werden kann. Aber auch die Annahme ursächlichen Zusammenhangs ist auf einen Rechtsirrtum nicht zurückzuführen. Indem der Angekl. in pflichtwidriger Weise es unterlassen hat, seinem Vater unter Umständen, welche eine Gefahr für dessen Leben herbeizuführen geeignet waren, beizustehen, hat er der Wirksamkeit dieser Umstände freien Lauf gestattet; seine Unterlassung ist daher für den aus derselben resultierenden Todesfall causal geworden.

126.

422. Meineid durch Ablegung eines falschen Schätzungseides.

(E. 24. Nov. 1888, Z. 10157. — Vors.: Hofr. Mathiasch; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; V.: Dr. J. Pištěcký.)

Gründe: Der Schätzungseid ist seinem Wesen nach ein Wahrheitseid und soll durch denselben die Ueberzeugung des Schwörenden zum Ausdrucke gelangen, dass die zu schätzende Sache oder Dienstleistung den in Geld angegeben Wert habe. Der Schätzungseid ist daher falsch, wenn bewiesen wird, dass der Schwörende diese Ueberzeugung nicht hatte, nicht haben konnte. Im vorliegenden Falle hat der Gerichtshof dieses Moment festgestellt, und mit Recht; denn abgesehen davon, dass schon die Thatsache, dass die Angekl. nicht als Magd bei den Eheleuten Johann und Marianne K. diente, erkennen lässt, dass sie die Ueberzeugung nicht haben konnte, dass die von ihr im Hause dieser Eheleute geleisteten Dienste einen von denselben zu vergütenden Wert überhaupt besassen, wusste ja die Angekl., dass sie die Dienste von ihrem 13. bis 17. Lebensjahre geleistet habe und dass sie in ihrem Dienste bei Johann T, welchen sie in ihrem 18. Lebens-

jahre antrat, als Jahreslohn nur 8 fl. und ein Tuch erhielt. Sie konnte daher schon aus diesem Grunde nicht nur nicht die Ueberzeugung haben, dass die von ihr in dem Lebensalter von 13 bis 17 Jahren geleisteten Dienste den schätzungsweise beschworenen Wert von jährlich 25 fl. und 3 fl. auf ein Tuch haben konnten, sie musste vielmehr von dem Gegentheile überzeugt sein und lässt sich sonach der Ausspruch des Gerichtshofs, dass die Angekl. den Schätzungseid in der Absicht abgelegt habe, damit sie die ungerechte Forderung von 168 fl. sammt Nebengebüren durchsetze und Marianne K einen Schaden in dieser Höhe erleide, als rechtsirrtümlich nicht erkennen. Durch die Annahme des Gerichtshofs, dass die seitens der Angekl. erfolgte Ablegung des Schätzungseides als falschen Eides den Thatbestand des Verbrechens des Betrugs nach §§ 197 und 199 StG. begründe, wurde demnach ein Gesetz nicht verletzt, der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund der Z. 9 a des § 281 StPO. ist nicht vorhanden.

127.

423. Voraussetzungen zur strafrechtlichen Beurtheilung des mit dem Beisatze des Wissens und Erinnerns abgelegten Haupteides (§ 206 GO., § 199 StG.).

Cass.-E. 30. Nov. 1888, Z. 8179. — Vors.: Hofr. Dr. R. v. Harrasowsky; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; V.: J. Winter.)

Gründe: Es erscheint festgestellt, dass die Angekl. den falschen Eid mit dem Beisatze ihres Wissens und Erinnerns ablegten. Das Bewusstsein derselben, falsch geschworen zu haben, wird jedoch ausgeschlossen, weil Katharina S der Versicherung ihres Gatten Siegfried, sie könne den Eid mit ruhigem Gewissen ablegen, Glauben schenkte und weil Adolf K der Ueberzeugung war, dass seine Tochter Katharina S nicht falsch schwören werde. Der Eid mit dem Beisatze des Wissens und Erinnerns ist allerdings kein Wahrheitseid, aber gewiss auch keine Erklärung, zu welcher ein auf was immer für Motiven beruhendes Dafürhalten zureicht. Ein Beweiseid darf eben darum, weil er als Beweismittel zu dienen bestimmt ist, offenbar nur dann abgelegt werden, wenn Umstände vorliegen, nach welchen der Schwörende mit Grund dafür halten kann, dass das, was er eidlich widerspricht, auch unwahr sei. Dem Schwurpflichtigen kann es daher nicht gestattet sein, sich den ihm zugänglichen Erkenntnisquellen zu verschliessen; es liegt ihm vielmehr ob, mit Ernst, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit alle thunlichen Nachforschungen zu pflegen, ehe er sich zur Eidesleistung entschliesst. Das Erkenntnisgericht hat nicht nur nicht festgestellt, dass die Angekl. dieser ihrer Verpflichtung nachgekommen sind, sondern vielmehr das Vorgehen der Angekl., welche sich mit vagen Versicherungen und Annahmen begnügt zu haben angaben, als ein sorgloses, leichtsinniges, ja gewissenloses bezeichnet und hiemit in unzweifelhafter Weise darauf hingewiesen, dass bei geringerem Leichtsinn, minderer Sorglosigkeit und grösserer Gewissenhaftigkeit von den Angekl. der wahre Sachverhalt sehr leicht hätte erforscht werden können. Gerade aber diese richtige und in den Umständen des Falls höchst begründete Annahme durfte den I. R. nicht zu der Schlussfolgerung veranlassen, dass nur ein culposes, nicht aber ein doloses Vorgehen vorliege. Er durfte sich nicht, wie es rechtsirrtümlicher Weise geschah, damit begnügen, lediglich festzustellen, dass die Schwörenden nicht wussten, dass die Thatsachen, die sie als unwahr hinstellten, wahr seien, sondern musste untersuchen und feststellen, ob die Angekl. nach der ganzen Lage der Verhältnisse den Glauben, dass sie durch Ablegung des incriminierten Eides wahre Thatsachen negieren, nicht zu gewinnen vermochten. Er hatte sich damit zu befassen, ob die Angekl. vor Ablegung des Eides mit der pflichtmässigen Sorgfalt alle Erkundigungen eingezogen haben, welche zur Entschliessung darüber, ob sie den ihnen zugeschobenen Eid auch wirklich antreten und ablegen können, notwendig war.

Darüber aber, dass die Information der Angekl., eine erschöpfende war, dass es den Angekl. mit Rücksicht auf ihre geschäftlichen Pflichten, auf ihre vermögensrechtlichen Interessen, sowie auf ihre Beziehungen zu Siegfried S nicht leicht möglich gewesen wäre, eine bessere Information einzuziehen, hat der

Gerichtshof jede Feststellung unterlassen. indem er von einer rechtsirrtümlichen Ansicht ausgieng, die ihm alles das als irrelevant erscheinen liess. Diese auf einer unrichtigen Auffassung der Bedeutung des Beisatzes des Wissens und Erinnerns beruhende Unterlassung des 1. R. erheischt eine Remedur seitens des CH., für welche, da es dem CH. versagt ist, Feststellungen vorzunehmen, die Bestimmung des § 288, Z. 3 StPO. die Grundlage bietet.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

17. Inhalt des Petits der Anfechtungsklage ausser dem Concurse.

Nach § 9 des RAG. v. 21. Juli 1879[2] hat, sofern die Anfechtung im Wege der Klage erfolgt, der Klageantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll. Eine Klage auf blose Feststellung der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung, wie sie bei der Anfechtung im Concursverfahren zulässig ist, mit dem Vorbehalt, über die Rückgewähr in einem späteren Processe entscheiden zu lassen, ist hiernach, sofern die Anfechtungsklage auf das Ges. v. 21. Juli 1879 gestützt wird, nicht statthaft. Vielmehr muss der Gläubiger, der eine solche Anfechtungsklage erhebt, in der Klageschrift neben der Unwirksamerklärung zugleich Verurtheilung zur Rückgewähr beantragen und genau angeben, in welcher Weise diese letztere erfolgen soll. Der angeführten Vorschrift hat Kl. nicht genügt, da in der Klageschrift lediglich beantragt worden ist, der angefochtene Mietsvertrag solle für „aufgehoben" erklärt werden. Auch hat derselbe nicht etwa im Laufe des Processes den Klageantrag unter Berufung auf § 240, Z. 2 der CPO. erweitert, sondern auch seinen in der Berufungsinstanz gestellten Antrag lediglich dahin gerichtet, dass der Mietsvertrag ihm gegenüber für unwirksam erklärt werden solle. Infolge dieses Umstands konnte auch das BG., als es die Anfechtung für begründet erklärte, über den Umfang und die Art der Rückgewähr nicht eine der Rechtskraft fähige Entscheidung treffen, sondern nur in den Entscheidungsgründen darlegen, wie sich die Rückgewähr nach seiner Auffassung zu gestalten habe. Durch das angef. U., das lediglich als ein Feststellungsurtheil anzusehen ist, wird die den eigentlichen Zweck der Anfechtung bildende Rückgewähr in keiner Weise geregelt. Vielmehr müsste der Kl., wenn das angef. U. in Rechtskraft erwüchse, in einem zweiten Process die Verurtheilung der Bekl. zur Rückgewähr beantragen, sofern nicht eine gütliche Verständigung erfolgt. Es ist sonach in Klage und U. gerade dasjenige Verfahren eingehalten worden, das durch § 9 des AG. ausgeschlossen werden soll. Der gerügte Mangel liegt hiernach wirklich vor. Allerdings war zur Zeit der Klage der Mietsvertrag noch nicht in Kraft getreten. Daraus kann jedoch nicht der Einwand abgeleitet werden, es habe einer Rückgewähr, damit der Zweck der Anfechtung erreicht werde, überhaupt nicht bedurft, vielmehr habe der Kl. durch die Unwirksamerklärung des Mietsvertrags alles dasjenige erlangen können, was er durch die Anfechtung erreichen wollte. Ganz abgesehen davon, dass eine rechtskräftige Entscheidung über die Anfechtungsklage nicht in so kurzer Zeit erwartet werden konnte, dass eine Rückgewähr gegenstandslos gewesen wäre, würde nemlich jener Einwendung die Thatsache im Wege stehen, dass das den Bekl. vermietete Haus an verschiedene Untermieter vermietet war, und deren Mietsverträge durch eine erfolgreiche Anfechtung des in Frage stehenden Mietsvertrags nicht beseitigt wurden. Der Kl. kann, wie auch das BG. selbst in den Entscheidungsgründen dargelegt hat, den mit der Anfechtungsklage verfolgten Zweck nur dann erreichen, wenn ihm der Mietwert des Hauses für die Zeit, in welcher ihm dessen Benützung durch den angef. Vertrag entzogen war, ersetzt wird. Er musste aber auch von vornherein wissen, dass er auf eine derartige Rückgewähr angewiesen sein werde und hat diese ohne Zweifel schon bei der Klage im Auge gehabt. Bei dieser Sachlage kann also nicht davon die Rede sein,

---

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.

[2] Dem § 9 des Deutschen RAnfG. entspricht der § 35 des Oesterr. AnfG.



dass der gestellte Klageantrag der in § 9 des AG. enthaltenen Vorschrift entspreche. Nun haben allerdings die Bekl. die Zulässigkeit der Klage, bez. des gestellten Klageantrags, weder in erster noch in zweiter Instanz bestritten. Aber auf diesen Umstand kommt es nicht an, weil das Gericht den Mangel, sofern demselben nicht durch Erweiterung des Klageantrags abgeholfen wurde, von amtswegen berücksichtigen musste. Ob die Voraussetzungen des § 267, Abs. 1 der CPO. hier überhaupt gegeben sind, d. h. ob lediglich die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift in Frage steht, kann dahin gestellt bleiben, weil § 9 des AG. jedenfalls als eine Vorschrift anzusehen ist, auf deren Befolgung der Bekl. nicht in wirksamer Weise verzichten kann, also die Anwendung des § 267, Abs. 1 unter allen Umständen nach Abs. 2 dieses Paragraphen ausgeschlossen ist. Der mehrerwähnte § 9 hat hauptsächlich den Zweck, auf dem in Frage stehenden Gebiete blosse Feststellungsklagen und damit die Möglichkeit auszuschliessen, dass über die Unwirksamkeit der angef. Rechtshandlung und über die Rückgewähr in zwei verschiedenen Processen verhandelt werde. Dabei handelt es sich nicht um eine dispositive Vorschrift, welche nur für den Fall maassgebend sein soll, dass die Parteien nicht etwas Anderes vereinbaren; vielmehr ist die Vorschrift eine zwingende oder absolute. Es ist aus Gründen, welche mit öffentlichen Interesse zusammenhängen, vorgeschrieben worden. dass der Klageantrag die in § 9 des AG. vorgesehenen Angaben enthalten müsse, damit aber die Möglichkeit geschaffen, dass regelmässig in einem und demselben Process über die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung und über die Rückgewähr entschieden werden könne. War der dargelegte Mangel von amtswegen zu berücksichtigen, so durfte das BG. unzweifelhaft nicht so, wie es geschehen, erkennen. Vielmehr hätte der Kl. nach § 150, Abs. 2 der CPO. auf die Bedenken aufmerksam gemacht werden sollen, welche in Ansehung des Klageantrags zu erheben waren, und, wenn der gegebene Mangel nicht gemäss § 240, Z. 2 durch Erweiterung des Klageantrags gehoben wurde, die Klage abgewiesen werden müssen (U. II. CS. v. 22. Jän. 1889, Nr. 298).

18. Vertragsmässige Ausschliessung der Concurrenz eines Handlungsgehilfen.

Dass der Principal die eventuelle Concurrenz seines dermaligen Handlungsgehilfen vertragsmässig ausschliesst, verstösst an sich nicht gegen die guten Sitten. Eine solche Stipulation erscheint in vielen Fällen als eine innerlich gerechtfertigte Sicherungsmaassregel gegen die Nachtheile, welche dem Principal infolge der notwendigen Verwendung fremder Personen im eigenen Gewerbe und der dadurch von denselben erlangten Kenntnis des Betriebs drohen. Unsittlich wird ein derartiger Vertrag nur, wenn die Beschränkung des Handlungsgehilfen eine so weitgehende ist, dass sie die Freiheit der Selbstbestimmung in wesentlichen Punkten aufhebt. Bei der Beurtheilung, was wesentliche Punkte sind, kommen auch die persönlichen Eigenschaften, die erhaltene Ausbildung, der bisherige Lebensgang der betreffenden Person, sowie die voraussichtliche Möglichkeit der erfolgreichen Verwertung ihrer Kräfte auf besonderen Gebieten in Betracht. Je nach den besonderen Umständen kann die Beschränkung von grösserem oder geringerem Gewicht sein. Auf der anderen Seite sind die Interessen des Principals und die Bedeutung, welche es für ihn hat, dass die Kenntnis des Handlungsgehilfen von seinen Betriebseinrichtungen, seiner Bezugs- und Absatzquellen etc. nicht zu seinem Nachtheil ausgebeutet werden, in ihrer Besonderheit zu betrachten. Dann aber auch wieder ist das Verhältnis der zum Schutz dieser Interessen beliebten Beschränkung zu der dadurch verursachten Benachtheiligung des Handlungsgehilfen in den Kreis der Betrachtung zu ziehen (U. I. CS. v. 19. Jän. 1889, Nr. 319).

19. Unerheblichkeit der Versäumnis der Benachrichtigung von der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts für den Bestand desselben.

Der Art. 315 des Hbg. legt allerdings dem Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach den Art. 313 oder 314 zusteht, die Verpflichtung auf, von der Ausübung desselben den Schuldner sofort zu benachrichtigen, und es steht

zwischen den Parteien fest, dass solche Benachrichtigung gegebenenfalls nicht geschehen, das Zurückhaltungs- bez. Absonderungsrecht vielmehr erst im Laufe des gegenwärtigen Rechtsstreits geltend gemacht worden ist. Allein es ist längst anerkannten Rechtens, dass die Versäumnis der Benachrichtigung aus Art. 315 den Bestand des Zurückbehaltungsrechts selbst nicht berührt: vergl. Entscheidungen des ROHG., Bd. X S. 237, Bd. XV S. 366 (U. VI. CS. v. 6. Dec. 1888, Nr. 234).

Verordnungen.

48.

Verordnung des Justizministeriums vom 11. Dec. 1888, Z. 21459,

betreffend die Einführung der obligatorischen Revaccination, beziehungsweise Impfung in sämmtlichen Strafanstalten.

Mit Rücksicht auf die grosse Gefahr, welche durch den Ausbruch der Blatternkrankheit in einer dicht belegten Strafanstalt sowohl für die Sträflinge, das Beamten- und Aufsichtspersonale, als auch für die Bevölkerung in der Umgebung der Strafanstalt herbeigeführt wird, findet das JM. auf Grund des Gutachtens des Obersten Sanitätsrats anzuordnen, wie folgt:

1. Jeder in eine Strafanstalt eingelieferte Sträfling ist von nun an nach seinem Eintritt in die Strafanstalt, sobald es seine Gesundheitsverhältnisse gestatten, der Impfung und, falls er schon geimpft war, der Revaccination zu unterziehen.

2. Zur Impfung und Revaccination ist ausschliesslich animale Lymphe zu verwenden.

3. Bei Ausführung der Impfung und Revaccination ist strenge nach den Regeln der Antiseptik vorzugehen.

4. Wenn an dem Orte, wo sich die Strafanstalt befindet, oder in dessen Umgebung die Blatternkrankheit epidemisch auftritt oder aufzutreten droht, so haben sich alle in der Strafanstalt befindlichen Sträflinge, welche nicht bei ihrer Einlieferung geimpft oder revacciniert wurden, sowie alle in der Strafanstalt dienstlich verkehrenden Personen der Impfung, bez. der Revaccination zu unterziehen.

49.

Verordnung des Justizministeriums vom 13. Dec. 1888, Z. 21333,

womit ein Verzeichnis der gegenwärtig bestellten Conservatoren der dritten Section der k. k. Centralcommission zur Erforschung und Erhaltung der Kunst- und historischen Denkmale mitgetheilt wird.

50.

Verordnung des Justizministeriums vom 14. December 1888, Z. 21137,

betreffend die Betheilung der öffentlichen Bibliotheken mit Druckschriften, gegen welche das Verbot der Weiterverbreitung ausgesprochen worden ist.

Die Bestimmung des § 13 der Amtsinstruction für die Staatsanwaltschaften und Sicherheitsbehörden zum Vollzuge des Pressgesetzes und des Gesetzes über das Strafverfahren in Pressachen [vom 17. December 1862, (RGB. 6 und 7 vom Jahre 1863)], zufolge welcher von jeder dem Verfalle unterliegenden, verbotenen oder zur Vernichtung bestimmten Druckschrift Exemplare zu dem in diesem Paragraphe angegebenen Zwecke auszuscheiden sind, wird auf Grund des mit dem k. k. Ministerium des Innern und mit dem k. k. Ministerium für Cultus und Unterricht getroffenen Einverständnisses dahin erweitert, dass nebst den bezeichneten Exemplaren noch weitere Exemplare zum Zwecke der Aufbewahrung bei der k. k. Hofbibliothek und bei der im § 8 der erwähnten Amtsinstruction bestimmten Landesbibliothek von der Staatsanwaltschaft auszuscheiden und an die genannten Bibliotheken zu übermitteln sind.

51.

Verordnung des Justizministeriums vom 27. December 1888, Z. 19341,

betreffend die Aenderung des von den Abhandlungsgerichten monatlich den Gebürenbemessungsämtern mitzutheilenden Verzeichnisses über die Verlassenschaften, von welchen die Gebür mittelst Stempelmarken entrichtet wurde.

Auf Anregung des k. k. Finanzministeriums findet das Justizministerium mit Beziehung auf § 82 des kais. Pat. vom 9. August 1854 (RGB. 208) an Stelle der Erlässe vom 6. März 1863, Z. 2010, und vom 20. April 1864, Z. 3269, anzuordnen, wie folgt:

Die Abhandlungsgerichte werden angewiesen, vom Jahre 1889 angefangen monatliche Verzeichnisse nach dem beigedruckten Formulare[1] zu führen, in welche die vorgeschriebenen Angaben einzutragen sind:

I. bezüglich der im Laufe des Monats eingeantworteten Verlassenschaften, von welchen die Gebür mittelst Stempelmarken entrichtet wurde [§ 5, Absatz C, 3 des GebG., rücksichtlich § 6 C c des Gesetzes vom 13. December 1862 (RGB. 89)];

II. bezüglich der im Laufe des Monats den Gläubigern an Zahlungsstatt überlassenen, aus beweglichen Sachen bestehenden Verlassenschaften [§ 73 des kais. Pat. vom 9. August 1854, (RGB. 208)], von welchen die Gebür mittelst Stempelmarken entrichtet wurde [§ 4 B des GebG., rücksichtlich § 6 B des Gesetzes vom 13. December 1862, (RGB 89)];

III. bezüglich der im Laufe des Monats dahin erledigten Todfallsaufnahmen, dass wegen Abgangs eines Vermögens eine Verlassenschaftsabhandlung nicht stattfindet (§ 72 des kais. Pat. vom 9. August 1854).

In diesem Verzeichnisse sind die Postzahlen bei jeder der drei Abtheilungen durch das ganze Kalenderjahr in arithmetischer Reihenfolge fortzuführen.

In die Rubrik 5 des Verzeichnisses ist bei den ersten zwei Abteilungen der Gesammtbetrag der vom Nachlasse nach den gesetzlichen Bestimmungen in Abzug zu bringenden Passiven und sonstigen Verbindlichkeiten des Erblassers, dann der Krankheits- und Begräbniskosten einzusetzen.

Bei den an Zahlungsstatt überlassenen Verlassenschaften sind in die Rubrik 8 d die von dem Entgelte für die an den Nachlassübernehmer übergehenden Schuldforderungen nach Scala II (Tarifpost 32, 2 f des GebG.), dann in Rubrik 8 e die von dem Entgelte für das sonstige bewegliche Vermögen nach Scala III (Tarifpost 65 A a des GebG.) entrichteten Gebüren einzusetzen.

Diese Verzeichnisse sind binnen einer Woche nach Ablauf des Monats, für welchen sie angefertigt sind, dem zuständigen Gebürenbemessungsamte zu übersenden.

Das k. k. Finanzministerium wird das Formulare des erwähnten Verzeichnisses auf Gefällskosten in Druck legen lassen und die Gerichte durch die Gebürenbemessungsämter mit den nötigen Exemplaren versehen.

Auf Wunsch des k. k. Finanzministeriums bringt das Justizministerium unter Einem in Erinnerung:

1. Dass die Anordnung des § 72 des GebG. durch das Gesetz vom 13. Dec. 1862 (RGB. 89) keine Aenderung erlitten hat und dass daher die Einantwortung der Verlassenschaft vor Entrichtung oder Sicherstellung der bemessenen Gebür in keinem Falle stattfinden darf;

2. dass nach § 6 C, Z. 3 des Gesetzes vom 13. Dec. 1862 die Richtigkeit der angegebenen Passiv- und Abzugsposten von Amtswegen zu prüfen ist und hiebei die Bestimmungen des § 57 des GebG., dann der Absätze 5 bis 8 der MVdg. vom 25. Juli 1853 (RGB. 148) zu beobachten sind;

3. dass die Kosten für Grabdenkmale oder Grüfte, die Bestreitung derselben mag vom Erblasser angeordnet oder von den Erben freiwillig übernommen werden, nach § 549 bGb., insoferne sie dem Stande und dem Vermögen des Erblassers entsprechen, dann Gaben an Arme, welche von dem Erblasser für die Begleitung des Leichnams oder andere ähnliche Gegenleistungen bestimmt werden,

[1] Dasselbe ist hier weggelassen.

nicht aber die Kosten für die Todtenmale und Trauerkleider zu den Begräbniskosten zu rechnen und von dem gebürenpflichtigen Nachlass in Abzug zu bringen sind, und

4. dass bei der Ueberlassung von Nachlässen an Zahlungsstatt das persönliche Verhältnis, in welchem der Nachlassübernehmer zu dem Erblasser steht, auf die Pflicht zur Entrichtung der Gebür ohne Einfluss ist.

Miscellen.

(Begriff des Brandes im versicherungsrechtlichen Sinne.) Eine für das Versicherungswesen interessante Entscheidung wurde dieser Tage von der fünften Kammer des Pariser Civilgerichts gefällt: Die Versicherungsgesellschaften sind verflichtet, alle Verluste zu entschädigen, welche dem Versicherten durch das Feuer entstehen, auch wenn kein Brand zu verzeichnen war. Die Gräfin von Fitz-James hatte ihre Möbel für 558.000 Frcs. bei der Gesellschaft „L'Union" versichert und unter Art. 7 der Police (Schmuck) ein Paar Ohrgehänge mit grossen Perlen mit einem Schätzungswerte von 18.000 Frcs. eingestellt. Am 17. April 1887 fiel ein Ohrgehänge, ohne Verschulden der Gräfin, von dem Kamin ins Feuer, wobei eine Perle verbrannt wurde. Die von den betheiligten Parteien ernannten Sachverständigen schätzten den Verlust auf 9000 Frcs., von denen 60 Frcs. für die aus dem Feuer gerettete Fassung in Abzug zu bringen wären. Die Gesellschaft weigerte sich aber, Schadenersatz zu leisten, weil, wie sie behauptete, kein eigentlicher Brand den Schaden verursacht habe. Das Civilgericht verwarf aber diese Theorie und bestimmte, „dass das Wort Brand in Versicherungsangelegenheiten auf jeden noch so unbedeutenden Unfall anzuwenden ist, sobald dieser durch die directe Einwirkung des Feuers entstanden ist". Demgemäss wurde die Gesellschaft „L'Union" zur Zahlung von 8940 Frcs. an die Gräfin von Fitz-James verurtheilt. (Volksw. Wochenschrift.)

(Das Reichsgesetzblatt) enthält in Stück I, ausgegeben am 12. Jän. 1889, unter Nummer 1 die Verordnung des Ministeriums des Innern vom 23. Dec. 1888, wodurch das zwischen den Regierungen der österr.-ungar. Monarchie und der Niederlande abgeschlossene Uebereinkommen über die Heimsendung gewisser Kategorien von Prostituierten kundgemacht wird, unter Nr. 3 die Verordnung der Ministerien der Justiz und der Finanzen und des Obersten Rechnungshofs vom 3. Jän. 1889, womit die Bestimmungen der §§ 14, 16 und 17 der Instruction für das Grazer Civilgerichts-Depositenamt theilweise abgeändert und jene des § 40 dieser Instruction ergänzt werden, und unter Nummer 6 die Verordnung des Gesammtministeriums vom 6. Jän. 1889, enthaltend den I. Nachtrag zu dem in der Verordnung vom 24. April 1888 (RGB. 42) gegebenen Verzeichnisse der Staaten, welche der Kabelschutzacte vom 14. März 1884 beigetreten sind; in Stück II, ausgegeben am 26. Jän. 1889, unter Nummer 10 die Verordnung des Justizministeriums vom 21. Jän. 1889, betreffend die Erfordernisse zur Anstellung im Verwaltungsdienste der Strafanstalten; in Stück III, ausgegeben am 26. Jän. 1889, unter Nummer 13 die Kundmachung des Ministeriums des Innern im Einvernehmen mit dem Handelsministerium und dem Justizministerium vom 24. Jän. 1889, mit welcher in Gemässheit des § 13 des Ges. v. 28. Dec. 1887 (RGB. 1888, Nr. 1) betreffend die Unfallversicherung der Arbeiter, das Musterstatut für die nach § 9 dieses Gesetzes zu errichtenden Versicherungsanstalten veröffentlicht wird; in Stück IV, ausgegeben am 1. Febr. 1889, unter Nummer 16 die kaiserliche Verordnung vom 27. Jän. 1889, wodurch auf Grund des Ges. vom 11. Febr. 1881 RGB. Nr. 10, betreffend die Consulargerichtsbarkeit in Egypten, die Einschränkung der Gerichtsbarkeit der österr.-ungar. Consulargerichte und deren theilweise Uebertragung an die in Egypten errichteten neuen Gerichte vorläufig bis 1. Febr. 1891 verlängert wird.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co.

Zur Frage der Behandlung der Zinsen bei Vertheilung des Kaufpreises zwangsweise versteigerter Liegenschaften.[1]

Von Prof. Dr. E. Till in Lemberg.

Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte dem grundbücherlich sichergestellten Gläubiger aus dem Kaufpreise einer executiv verkauften Realität Zinsen von seiner Forderung gebüren, war wiederholt Gegenstand der Judicatur des Obersten Gerichtshofs.[2] Die Lösung dieser Frage war verschieden.

In neuerer Zeit gieng der OGH. von der Ansicht aus, dass diese Zinsen ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Auszahlung des Capitals an den Gläubiger bei Vertheilung des Kaufpreises nur bis zum Feilbietungstage zu berechnen sind.[3]

---

[1] Der vorstehende Aufsatz ist im wesentlichen Reproduction einer im Auftrage mehrerer Hypothekarcreditinstitute vom Verfasser ausgearbeiteten Petition an das JM. um Provocierung eines Plenarbeschlusses des OGH. in der erwähnten Frage. Hiemit wolle auch die einer juristischen Abhandlung vielleicht nicht ganz entsprechende Form entschuldigt werden. (Der Verf.)

[2] Vgl. Kavčič: Ueber den Zinsenlauf der auf ein Bedeckungscapital gewiesenen Forderungen, in dieser Zeitschrift Bd. VI, S. 65 ff.

[3] Von bis jetzt nicht publicierten Entscheidungen mögen hier nachfolgende Platz finden:

In der Executionssache des J. M. wider die Verlassenschaft nach M. S. puncto 6000 fl. sNG. wurde die zu dieser Verlassenschaft gehörige Realität Nr. 29 am 18. Mai 1885 verkauft, und nachdem der Ersteher den Kaufpreis erlegt und die Hypothekargläubiger ihre Ansprüche liquidiert hatten, erliess das KG. in Tarnów am 3. Febr. 1887 den Vertheilungsbescheid des Inhalts, dass die auf den im Deposit erliegenden Kaufschilling gewiesenen Gläubiger das Recht des Zinsenbezugs von ihren Satzforderungen mit dem 30. Tage nach Rechtskraft des Vertheilungsbescheids verlieren.

Diese „allgemeine Bestimmung" des Vertheilungsbescheids änderte das OLG. mit E. vom 27. Juli 1887, Z. 7076 dahin ab, dass nur die bis zum Feilbietungstage laufenden Zinsen aus dem deponierten Kaufschillinge den Gläubigern zur Zahlung angewiesen werden sollen. — Der Revisionsrecurs eines Gläubigers wurde vom OGH. mit E. vom 30. Mai 1888, Z. 3632 abgewiesen.

Nachdem die Erfolglassung der auf jeden Tabulargläubiger entfallenden Kaufschillingsquoten erst nach Rechtskraft des Vertheilungsentwurfs, d. i. nach Zustellung der oberstger. E. (welche am 1. Nov. 1888 geschah) erfolgen konnte, so hatte diese oberstger. E. zur Folge, dass der recurrierende primo loco versicherte Gläubiger die vom 18. Mai 1885 bis zum 1. Nov. 1888 laufenden Zinsen verlieren musste.

In demselben Sinne entschied der OGH. unterm 3. Aug. 1886, Z. 8167 in der Executionssache der k. k. priv. gal. Actienhypothekenbank wider R. B., und zwar im Widerspruche mit den beiden unteren Instanzen, wobei der dem oberwähnten Creditinstitute erwachsende Schade um so grösser war, als die Feilbietung bereits am 20. Juli 1883 stattfand und der Vertheilungsentwurf am 3. Aug. 1886, also erst nach drei Jahren in Rechtskraft erwuchs. Der in dieser Executionssache erlittene Verlust an Zinsen beziffert sich auf 3579 fl. 92 kr., was bei dem Darlehenscapital von 17.802 fl. 91 kr. 20 Percent des ganzen Capitals beträgt.

Dieser Grundsatz wurde in den in der Unger'schen Sammlung unter Nr. 3192, 9956, 9993 und 10842 aufgenommenen EE. vom 15. Dec. 1868, Z. 12170, 27. März 1884, Z. 3324, 17. April 1884, Z. 4445 und v. 29. Dec. 1885, Z. 13910,[4] — endlich in der E. v. 26. Febr. 1884, Z. 2028 (Roztočil Rechtsprechung IV, S. 1031) ausgesprochen,[5] während die einen Beschluss des BG. und eine E. des Lemberger OLG. reformierende E. des OGH. v. 19. Jän. 1886, Z. 15004 („Przegląd sądowy i administracyjny“ Nr. 14 ex 1886) den entgegengesetzten Grundsatz ausspricht, d. i. dass dem Gläubiger die Zinsen von dem auf den Kaufschilling übertragenen Capitale bis zum wirklichen Zahlungstage gebüren, — wobei der OGH. die E. der ersten Instanz, womit diese Zinsen bis zum Liquidierungstage, und die E. der zweiten Instanz, womit dieselben im Sinne der obencitierten E. des OGH. — bis zum Feilbietungstage zugesprochen wurden, als vollständig willkürlich anerkannte.

Die soeben citierten EE. des OGH. beweisen, dass die Anschauung, wornach dem aus dem Kaufpreise einer Liegenschaft zu befriedigenden Hypothekargläubiger die Zinsen nur bis zum Tage der Feilbietung gebüren, nahezu zur herrschenden geworden ist.

Es möge uns erlaubt sein, die Berechtigung dieser Ansicht vor allem vom streng juristischen Standpunkte zu prüfen.

I.

Als unbestritten darf wohl der Grundsatz aufgestellt werden, dass der einzige Zweck des Executionsverfahrens die möglichst vollständige Befriedigung der Forderung des Gläubigers ist.

Wenn nemlich das Pfandrecht dasjenige dingliche Recht ist, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen (§ 447 bGb.), so kann der Zweck dieses Rechts nur damals als erreicht angesehen werden, wenn der Gläubiger den ihm gebürenden Wert zur freien Disposition erlangt.[6]

Demgemäss erlischt das Pfandrecht regelmässig erst durch die Tilgung der Schuld (wobei von der erst durch Löschung erfolgenden Aufhebung der Hypothek abgesehen wird) — da dessen Zweck in

[4] Die letzte Entscheidung betrifft blos die aus dem Gesetze gebürenden Zinsen (Verzugszinsen).

[5] Aehnlich jedoch mit Rücksicht auf ein Bedeckungscapital für ein Ausgedinge E. v. 18. Nov. 1885, Z. 13360, G. U. 10797, v. 10. Aug. 1887, Z. 9029 SprR. 136. — Vergl. entgegenges. E. v. 23. Sept. 1879, Z. 10501, G. U. 8679 und v. 1. Juli 1885, Z. 7475 G. U. 10626.

[6] Diese richtige Formulierung des Begriffs der Zahlung wurde vom OGH. in der E. v. 3. Dec. 1885, Z. 12822, G. U. 10818 aufgestellt: „es kann die Zahlung erst dann als perfect und als rechtswirksam angesehen werden, wenn der Gläubiger dadurch in den Stand gesetzt wird, über die Geldstücke frei zu disponieren“. In dieser E. wurde die Aufzählung einer schuldigen Geldsumme auf den Tisch (ohne Uebernahme des aufgezählten Geldes durch den Gläubiger) nicht als perfect angenommen.

diesem Falle erfüllt ist (§ 469 bGb.). Wenn es sich demnach um Auslegung etwaiger zweifelhafter Vorschriften des Executionsrechts handelt, dürfte caeteris paribus diejenige Auslegung als die richtige angenommen werden, deren Anwendung diesem Zwecke mehr entspricht, oder wenigstens näher kommt.

Nun ist es unzweifelhaft, dass der in den oben citierten EE. ausgesprochene Grundsatz, demzufolge dem Gläubiger die von seiner Forderung entfallenden Zinsen blos bis zu dem Feilbietungstage gebüren, und dass er demnach mit dem Augenblicke des Zwangsverkaufs das Recht zum weiteren Zinsenbezuge verliert, dem Zwecke des Executionsverfahrens nicht entsprechend ist, — und würde nur damals als formell begründet anerkannt werden können, wenn diesbezüglich eine klare gesetzliche Vorschrift bestände, wornach die erfolgte Feilbietung des Pfands als Erlöschungsgrund der Zinsforderung oder wenigstens des Pfandrechts für dieselbe hingestellt wäre, — was jedoch in unserem positiven Gesetze nicht der Fall ist (§§ 467—469 bGb.). Die Motive der in der Unger'schen Sammlung aufgenommenen EE., welche dort höchst wahrscheinlich nur im Excerpte angeführt sind, lösen die Frage, ob es sich um Erlöschung der Zinsforderung oder nur des Pfandrechts für dieselbe handelt, nicht ganz klar. Aber wenn es sich auch nur um Erlöschung des Pfandrechts allein handeln sollte, so könnte consequenterweise das österreichische Gesetz eine derartige Bestimmung nicht aufnehmen, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu geraten. Die erfolgte, rechtskräftige Feilbietung eines Pfandobjects bildet nemlich ihrem Wesen nach blos ein Surrogat des abgeschlossenen Kaufvertrags, demnach gemäss § 1053 bGb. blos den Titel der Eigentumserwerbung, welche erst durch Uebergabe des Kaufgegenstandes, bez. bei Immobilien durch Intabulierung des neuen Eigentümers erfolgt. Wenn wir demnach den Augenblick der Feilbietung als den Zeitpunkt annehmen, in welchem die darauf haftenden Pfandrechte erlöschen, so stünden wir vor der immerhin sonderbaren Consequenz, dass es einen Zeitraum giebt, während welchem die noch immer dem Schuldner gehörige Pfandsache von allen Pfandrechten frei wird, ohne dass die Befriedigung oder anderweitige Sicherstellung der dinglichen Pfandgläubiger geschehen wäre und der vor der Feilbietung mit Pfandrecht versehene Gläubiger pfandlos dastehen würde, — was offenbar mit dem Zwecke des Pfandrechtsinstituts nicht vereinbar ist.

Es kann demnach der Feilbietungstag weder dem positiven Gesetze, noch dem Wesen der Sache nach als derjenige Zeitpunkt angesehen werden, an welchem die auf der Sache haftenden Pfandrechte erlöschen; es müsste vielmehr die Erlöschung der Pfandrechte auf den Zeitpunkt fixiert werden, in welchem die Uebergabe, resp. die Intabulierung des Erstehers geschieht und daher zu dem aus der Feilbietung herstammenden Titel die Erwerbungsart hinzutritt. Dieser Zeitpunkt ist auch der den Rechten der Gläubiger und dem positiven Gesetze entsprechende, da die Uebergabe des Pfand-

gegenstands in das Eigentum des neuen Käufers laut § 339 a GO. (§ 452 gal. GO.) nicht eher als nach Bezahlung oder gehöriger Sicherstellung des Kaufpreises geschehen kann.

Durch Erlag des Kaufpreises zu Gerichtshänden oder Sicherstellung desselben auf dem neu erworbenen Eigentume des Käufers ist jedoch der Zweck des Executionsverfahrens nicht erreicht. Es ist hiedurch blos der Zahlungsfond vorbereitet, woraus die Befriedigung des Gläubigers seinerzeit zu erfolgen hat. Die Verbindlichkeit des Schuldners, resp. das mit dieser Verbindlichkeit correspondierende Recht des Gläubigers wird erst durch Zahlung, d. i. durch Leistung dessen, was der Schuldner zu leisten, demnach der Gläubiger zu fordern hat, aufgehoben (§ 1412 bGb.). Die Forderung bleibt demnach trotz Erlöschen des Pfandrechts bestehen, solange der Gläubiger den seiner Forderung entsprechenden Geldwert nicht in Händen hat, oder solange ihm zum wenigsten nicht die Möglichkeit geboten ist, mit dem aus dem Pfande gelösten Befriedigungsfonde nach Belieben zu verfügen. Da dies erst nach durchgeführtem Liquidationsverfahren und nach Erfliessung des gerichtlichen Vertheilungserkenntnisses erfolgt, so kann erst der Zeitpunkt, in welchem das Liquidationsurtheil (die sogenannte Zahlungstabelle) in Rechtskraft erwächst, als der früheste Zeitpunkt der Befriedigung des Gläubigers angesehen werden.

Es handelt sich jetzt um die Frage: was hat der Gläubiger im Zeitpunkte seiner Befriedigung anzusprechen?

Es mag vor allem festgehalten werden, dass während des ganzen Executionszugs, — solange dem Gläubiger auf Rechnung der Forderung nichts gezahlt wird — abgesehen von dem etwa durch Verjährung erfolgenden Verluste der älteren Zinsen die Forderung desselben keine Aenderung erleidet, und insbesondere das Recht zum Zinsenbezuge aufrecht verbleibt. Da die Erlöschung des Pfandrechts die Erlöschung der Forderung nicht nach sich zieht (§ 464 bGb.), so hat der Gläubiger nach wie vor das Capital sammt den pro rata temporis entfallenden Zinsen, insoferne diese im Sinne des § 1480 bGb. durch Verjährung nicht erloschen sind, zu fordern. Dies gilt, solange die Forderung nicht befriedigt ist, insbesondere auch für den Augenblick des Zwangsverkaufs und auch der infolge Uebertragung des Eigentums des Verkaufsgegenstands erfolgenden Löschung des Pfandrechts.

Rücksichtlich des Capitals kann dieser Grundsatz als unbestritten gelten, da in den eingangs erwähnten oberstgerichtlichen Entscheidungen dem Gläubiger in keinem Falle der Verlust der Capitalsforderung angedroht wird. Doch ist nicht einzusehen, weshalb mit Rücksicht auf die Zinsforderung nicht derselbe Grundsatz gelten sollte. Zum Entstehen der Zinsforderung genügt nicht das Bestehen der Capitalsforderung an und für sich, es muss vielmehr hiezu ein besonderer rechtlicher Grund vorhanden sein, — welcher entweder in dem Willen der Parteien (bei Conventionalzinsen) oder in einer allgemeinen Rechtsregel (bei gesetzlichen, resp. Verzugszinsen) zu suchen ist

(§ 912 bGb). Ist nun die Zinsverpflichtung aus hinreichendem rechtlichen Grunde entstanden, so besteht sie neben der Hauptverbindlichkeit in gleicher Schärfe wie die letztere fort, solange die Hauptverbindlichkeit nicht getilgt, oder nicht ein anderer gesetzlicher Erlöschungsgrund eingetreten ist. Die Verpflichtung zur Zahlung des Capitals beruht auf keinem stärkeren Rechtsgrunde, als die Verpflichtung zur Verzinsung desselben, und wenn angenommen würde, dass die Verpflichtung zur Verzinsung des Capitals mit dem Tage des Zwangsverkaufs erlischt, so müsste consequenterweise auch die Erlöschung der Capitalsforderung angenommen werden, was doch jedenfalls zu weit gegriffen und mit dem oben angedeuteten Zwecke des Pfandrechtsinstituts nicht wohl vereinbar wäre.

II.

Bisher haben wir den Grundsatz, dass dem Gläubiger die von seiner Forderung entfallenden Vertrags- oder Verzugszinsen bis zur völligen Tilgung des Capitals gebüren und deshalb aus dem Kaufschillinge zu leisten sind, auf Grund geltender positiver gesetzlicher Bestimmungen und hieraus direct gezogener logischer Folgerungen verfochten, ohne zur Analogie Zuflucht genommen zu haben. Wir glauben hiedurch den Beweis geliefert zu haben, dass vom materiellrechtlichen Standpunkte die Heranziehung der Analogie, — welche im Sinne des § 7 bGb. blos bei Abgang gesetzlicher Vorschriften stattfinden darf — in der gegebenen Streitfrage nicht geboten ist.

Wenn wir jedoch zur Bekräftigung unserer Ansicht zu Analogien greifen dürfen, so wollen wir vor allem die Aufmerksamkeit darauf richten, dass, wenn wir von der Capitalsforderung absehen, die Zinsenforderung ihrem Wesen nach der Rentenforderung am nächsten kommt. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsgebilden besteht nur darin, dass die Zinsenforderung von dem Bestande der Capitalsforderung, dagegen die Rentenforderung von anderen Umständen, beispielsweise von dem Leben des Berechtigten oder von dem Eintritt der Frist, bis zu welcher sie bestehen soll, abhängig ist. Wenn nun eine Rentenforderung aus einem Meistbote zu befriedigen ist, so wird nach der Analogie des § 182 ConcO. und nach der constanten Praxis der Gerichte und insbesondere auch des OGH. der Anspruch auf den Bezug einer jährlichen Rente zu Capital veranschlagt und durch die zinsentragende Anlegung der bei der Vertheilung darauf entfallenden Capitalsquote und durch Anweisung des Zinsenbezugs von derselben berichtigt. Dieses Bedeckungscapital bleibt, solange der Rentenanspruch besteht, den übrigen Gläubigern vorenthalten; sobald jedoch der Rentenanspruch durch Eintritt der entscheidenden erlöschenden Thatsache aufhört, dient das derart freigewordene Bedeckungscapital zur Befriedigung der hiezu Berechtigten, also in Bezug auf ein Hypothekarobject — der in der Rangsordnung nachfolgenden Gläubiger. Wenn wir diesen Befriedigungsmodus im Wege der hier naheliegenden Analogie auf

den Zinsenanspruch anwenden, so folgt daraus, dass die Befriedigung der Ansprüche der nachfolgenden Hypothekargläubiger von der vorausgegangenen Befriedigung des Zinsenanspruchs abhängig ist und dieser Zinsenanspruch ebenso wie der Rentenanspruch das Bedeckungscapital solange gebunden hält, bis die rechtserlöschende Thatsache eingetreten ist.

Es wurde jedoch in den angeführten oberstgerichtlichen Entscheidungen die Analogie der ConcO. zur Begründung der entgegengesetzten, hier bekämpften Ansicht herangezogen, und zwar wurden insbesondere die §§ 33 ff. berufen.

Wenn auch im allgemeinen zugegeben werden mag, dass das Executionsverfahren gegen ein Hypothekarobject manche Aehnlichkeit mit dem Concursverfahren hat, insbesondere, dass beide Verfahrensarten den Zweck der Zugeldemachung eines Vermögensstücks anstreben, so ist hiebei nicht aus den Augen zu verlieren, dass mit Rücksicht auf Pfandforderungen ausserhalb des Concurses wie in demselben eine Collision der pfandrechtlich versicherten Forderungen nur insoferne eintritt, als der rangsniedere Gläubiger die Befriedigung aus dem Pfandobjecte nur unter der Voraussetzung und insofern ansprechen darf, als der rangshöhere mit seiner Forderung befriedigt ist. Es muss also jedenfalls der Grundsatz festgehalten werden, dass der Bestand einer nachfolgenden Hypothekarpost für den voranstehenden Gläubiger keine die Rechte des Letzteren einschränkende Wirkung hat, mit anderen Worten, dass der voranstehende Gläubiger aus Rücksicht für den nachfolgenden keine Opfer zu bringen verpflichtet ist. Wenn dies aus Rücksicht für den nachfolgenden Gläubiger nicht geschieht, so wäre eine derartige Rücksicht auf den Hypothekarschuldner schon völlig unbegründet, denn wenn dem Gläubiger aus Rücksicht auf den Hypothekarschuldner eine Beschränkung aufgelegt würde, so würde sich der säumige Schuldner zum Schaden des Gläubigers bereichern. Es frägt sich nun: wenn der Hypothekargläubiger nur bis zum Tage des Zwangsverkaufs Zinsen fordern darf, zu wessen Gunsten verfallen dann die späteren Zinsen, resp. wer hat Anspruch auf den hiedurch erübrigenden Theil des Kaufschillings, wenn keine weiteren Gläubiger vorhanden sind? Offenbar der Hypothekarschuldner als gewesener Eigentümer der verkauften Liegenschaft. Es würde demnach das vom OGH. angenommene Princip des Erlöschens der Zinsen über den Tag des Zwangsverkaufs zu der jedenfalls sonderbaren Consequenz führen, dass sich der Schuldner zweimal auf Kosten des Gläubigers bereichern würde. Erstens wird er laut ausgesprochenem Grundsatz von der Zahlung weiterer Zinsen befreit, zweitens erhält er den aus dem Kaufschilling erübrigenden Ueberschuss, woraus anderenfalls die Zinsen gezahlt worden wären. Diese zweifache Bereicherung des Schuldners findet auch statt, wenn der Kaufschilling durch nachfolgende Gläubiger erschöpft wird. Die Befreiung von der weiteren Zinsenzahlung erfolgt hier wie dort; in dem letzteren Falle erhält der Schuldner zwar den Kaufschilling nicht, wird aber infolge Be-

friedigung der weiteren Gläubiger aus diesem Kaufschilling in gleichem Betrage liberiert. Dasselbe geschieht auch sogar im Falle des Verkaufs eines Pfandobjects im Concurse, nur dass in diesem Falle der etwaige Ueberschuss nicht zur freien Verfügung des Schuldners bleibt, sondern in den Concursnexus einbezogen wird. Diese Consequenz würde schon an und für sich genügen, die Möglichkeit einer analogen Anwendung der ConcO. in Zweifel zu ziehen, wenn auch die Analogie aus der ConcO. sich zur Begründung des vom OGH. angenommenen Grundsatzes heranziehen liesse. Dies ist jedoch nicht nur nicht der Fall, sondern es lässt sich diese Analogie aus der ConcO. für die entgegengesetzte Ansicht in überzeugendster Weise verwerten. In den Motiven des OGH. wird vor allem der Feilbietungstag dem Concurseröffnungstage gleichgestellt. Von diesem (dem Feilbietungstage) werden in zahlreichen oberstgerichtlichen Entscheidungen die mit dem Capitale gleiche Priorität geniessenden dreijährigen Zinsen mit Berufung auf die Analogie des § 33 ConcO. zurückgerechnet, mit diesem Tage endet auch nach den eingangs erwähnten Entscheidungen der weitere Zinsenlauf. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Feilbietungstag in dieser Hinsicht mit dem Concurseröffnungstage gleichgestellt werden kann. Es dürfte vielleicht eher der Tag der Kundmachung des Feilbietungsedicts in dieser Beziehung mehr äussere Aehnlichkeit bieten (dieser Tag wurde thatsächlich in dem in der Samml. von G. U. Bd. VI aufgenommenen Judicat Z. 3211 als derjenige angenommen, von welchem ab dreijährige Zinsen zurückgerechnet werden). Es sei jedoch zugestanden, dass der Feilbietungstag dem Concurseröffnungstage gleichzustellen ist. Wenn nun nach § 33 ConcO. die während des Concursverfahrens (also nach dem Concurseröffnungstage) laufenden Zinsen gleiche Priorität mit dem Capitale geniessen, so muss doch bei analoger Anwendung dieses Paragraphs auf den Feilbietungstag zugestanden werden:

1. dass auch nach dem Feilbietungstage Zinsen weiter laufen;
2. dass sie mit den von diesem Tage auf drei Jahre zurückgerechneten Zinsen und auch mit dem Capitale gleich behandelt werden;
3. dass sie demnach ebenso wie das Capital und die dreijährigen Rückstände an Zinsen aus dem Kaufpreise zu berichtigen sind;
4. dass also der Feilbietungstag nicht der „terminus ad quem“ für den Zinsenlauf ist und der Gläubiger weder mit dem Concurseröffnungs-, noch mit dem Feilbietungstage das Recht des Zinsenbezugs verliert.

Wenn dies der Fall ist und wir uns nun nach einer gesetzlichen Vorschrift umsehen, deren analoge Anwendung uns den Endtag des Zinsenlaufs bezeichnen würde, so treffen wir vor allem den § 17 ConcO. und weiters den § 183 ConcO., dessen analoge Anwendung im gegebenen Falle umsoweniger auf einen Anstand treffen dürfte, als dieser Paragraph ja zu der Reihe jener Vorschriften gehört, welche die Befriedigung der Concursgläubiger nor-

mieren und man doch nicht vermuten kann, dass der Gesetzgeber die mit keinem Pfande versehenen Concursgläubiger besser stellen wollte, als die Pfandgläubiger. Wenn nun § 17 ConcO. die Bestimmung enthält, dass diejenigen Zinsen, welche der Gläubiger ausser dem Concurse zu fordern haben würde, demselben auch im Concurse gebüren, und § 183 die laufenden Zinsen der angewiesenen Capitalsquoten bis zu dem Tage berechnen lässt, mit welchem die Befriedigung mutmasslich erfolgt sein wird, so erscheint hiemit der an der Spitze der vorstehenden Ausführung gestellte Satz: dass der Hypothekargläubiger das Recht hat, während des ganzen Executionszugs Zinsen zu fordern und dieselben bis zum Tage seiner Befriedigung, d. i. zum Tage der nach Rechtskraft des Vertheilungsurtheils erfolgenden Auszahlung des Capitals, zu berechnen sind — auch im Wege der Analogie aus der ConcO. hinlänglich begründet. Es geht aus den obigen Gesetzbestimmungen klar hervor, dass der materielle Anspruch des Gläubigers weder durch die Concurseröffnung, noch durch die Feilbietung eines Pfandes eine Aenderung erleidet; der Unterschied besteht nur darin, dass die Concurrenz der Ansprüche im Falle der Unzulänglichkeit des Befriedigungsfonds im Concurse zu verhältnismässiger Befriedigung führt und hingegen aus dem Pfande die rangsälteren Forderungen ohne Rücksicht auf die rangsniederen im ganzen befriedigt werden müssen.

Der von den Gerichten nach dem bisherigen usus fori als „terminus ad quem“ des Zinsenlaufs angenommene 30. Tag nach Rechtskraft der Zahlungstabelle ist nun gerade der Tag, mit welchem die Befriedigung des Hypothekargläubigers mutmasslich erfolgt sein wird.

Dass es gerade der 30. und nicht der 14. oder der 45. Tag nach Rechtskraft der Zahlungstabelle ist, ist von nebensächlicher Bedeutung.

Da der Augenblick der erlangten Rechtskraft noch nicht die Befriedigung mit sich bringt und die effective Auszahlung die Einbringung der Eingabe des Gläubigers und Erledigung derselben seitens des Gerichts zur Voraussetzung hat, so dürfte dieser 30. Tag als der Auszahlungstag die grösste Wahrscheinlichkeit für sich haben — und die etwaige Differenz einiger Tage angesichts der Vortheile, welche die Fixierung eines bestimmten Tags mit Rücksicht auf die Manipulation mit den erliegenden Geldern mit sich bringt, von geringem Belange sein. Dieselbe Erwägung scheint auch den Gesetzgeber bei Abfassung des § 183 ConcO., wornach nicht der wirkliche, sondern der im voraus zu bestimmende mutmassliche Auszahlungstag als Grundlage der Zinsenberechnung anzunehmen ist, geleitet haben.

Es bleibt dem Gläubiger überlassen, durch rechtzeitige Einbringung des Erfolglassungsgesuchs diesen dem gewöhnlichen Geschäftsgange entsprechenden Zeitraum zu wahren. Der Gläubiger, welcher die notwendige Diligenz fehlen lässt, darf sich — als

angesichts des für ihn fertig erliegenden Fondes „in mora“ befindlich — über den weiteren Zinsenverlust nicht beklagen (§ 1425 bGb.); es ist ihm die Möglichkeit der Verfügung gegeben; wenn er trotzdem das erliegende Geld nicht behebt, so hat er einfach damit dahin verfügt, dass er es weiter unverzinst liegen liess.

III.

Wir haben in der voranstehenden Ausführung mit Absicht blos den Standpunkt des positiven geltenden österreichischen Rechts eingenommen, ohne uns in theoretische Auseinandersetzungen einzulassen, da diese letzteren, so begründet und überzeugend sie sein mögen, leicht Streitpunkte bilden und in das Gebiet der lex ferenda hinüberschlagen können. Es möge jedoch gestattet sein, zur Festigung der verfochtenen Ansicht, uns auf den Glaser'schen Entwurf der Civilprocessordnung (Beil. d. Abg. Haus. IX. Session Nr. 331) berufen zu dürfen. Da dieser Entwurf blos die Reform des formellen Rechts zum Gegenstande, hingegen das bestehende materielle Recht zur Voraussetzung hat, so können wir uns zur Bekräftigung unserer Ansicht auf die Autorität der Verfasser dieses Entwurfs und speciell auf den § 929 desselben berufen, der die oben begründete Ansicht, dass dem Gläubiger Zinsen bis zur Befriedigung aus dem Kaufpreise gebüren, vollkommen bestätigt.

Dieser Paragraph lautet in seinen drei ersten Absätzen:

„In dem Vertheilungsbescheide sind die gebürenden Zinsen ziffermässig zu bestimmen.

Die laufenden Zinsen sind, wenn die Befriedigung durch Uebernahme von Forderungen erfolgen soll, bis zum Tage des Zuschlags, wenn sie durch Anweisung auf die vom Ersteher zu leistenden Zahlungen erfolgen soll, bis zum Tage der Fälligkeit derselben, wenn dieselbe aber aus den bei Gericht erlegten Geldern erfolgen soll, bis zum Erfolglassungstage zu berechnen.

Bei der Bestimmung des Tags der Erfolglassung ist anzunehmen, dass diese in zwei Wochen nach Ablauf der Frist zum Recurse gegen den Vertheilungsbescheid bewirkt werden kann.“

In den im 2. Absatze dieses Paragraphs enthaltenen drei Fällen sind dem Gläubiger die Zinsen ohne Rücksicht auf den Feilbietungstag oder die Erlöschung des Pfandrechts an der Sache bis zum Momente der Befriedigung zugesprochen, wobei nicht zu vergessen ist, dass laut § 922 des Entwurfs die Vertheilung des Kaufschillings nach Inhalt der Bestimmungen der §§ 31—37 und 41 der ConcO., welche vom OGH. zur Begründung der gegentheiligen Ansicht berufen werden, — zu erfolgen hat. (Vergl. Motive S. 246 ad § 929.)

IV.

Wenn nun, wie oben auseinandergesetzt, der hier verfochtene Grundsatz dem positiven Gesetze ebenso wie der Natur und dem Zwecke des Executionsverfahrens vollkommen entspricht, so sind die ökonomischen Consequenzen des vom OGH. in den angeführten Entscheidungen angenommenen Grundsatzes für die Existenz des Realcredits geradezu eine Lebensfrage. Der Realcredit, welcher die Sicherheit des creditierten Capitals sammt den entfallenden Nebengebüren, ohne Rücksicht auf die Person des Creditnehmers, blos in dem Reale zu suchen hat, würde in seinen Grundfesten erschüttert werden, wenn diese Sicherheit selbst bei vorhandenem ausreichendem Werte des Pfandobjects in Frage gestellt werden könnte. Bei Annahme des von uns bekämpften Grundsatzes müsste jeder Creditgeber von vorneherein sich darauf gefasst machen, dass im Falle eines Zwangsverkaufs die Zinsen für mehrere Jahre, und bei den Pfandbriefe emittierenden Hypothekenbanken ein grosser Theil des Capitals trotz bester Hypothekarsicherheit in der ersten Hälfte des Werts, ja sogar trotz vollkommen ausreichender Bedeckung im Kaufpreise, verloren sein wird, — um zu einer Prämie für den säumigen Schuldner zu werden. Wenn erwogen wird, dass die erste Bedingung eines ökonomisch zuträglichen Zinsfusses die Sicherheit des Capitals und der Zinsen ist, und dieser Zinsfuss sich um desto höher stellen wird, je grösser die Möglichkeit von Verlusten ist und je höher sich die für den Gläubiger notwendige Versicherungsprämie stellen muss, so ist leicht einzusehen, dass der durch die genannten oberstgerichtlichen Entscheidungen sanctionierte Grundsatz weder dem Interesse des Schuldners, noch dem des Gläubigers entspricht, dass vielmehr die Gefahr sehr weitgehender, den Realcredit lähmender ökonomischer Folgen unausweichlich wird — und dies umsomehr, als der Verlust der Zinsen angesichts dieses Grundsatzes des OGH. zu einer Regel ohne Ausnahme werden muss und durch keinen, wenn auch noch so hohen Grad der Diligenz behoben werden kann.

Wenn auch in anderen Provinzen der Zeitraum vom Feilbietungstage bis zur Auszahlung der Forderungen an die Gläubiger kürzer sein mag und der sichere Verlust der Zinsen nicht so fühlbar sein dürfte, so ist bei der in Galizien bestehenden Praxis der Gerichte dieser Zeitraum sehr bedeutend. Es ist natürlich, dass der durch den Verkauf seines Immobile bedrohte Schuldner alle möglichen, durch das Gesetz ihm gebotenen Mittel anwendet, um sich so lange als möglich im Besitze und Genusse desselben zu erhalten und wenn nichts anderes, so doch darin zu wohnen, was ihm auch durch die Sequestration nicht verwehrt werden kann. So geschieht es, dass zur Zeit der Feilbietung bereits Recurse gegen die Licitationsbedingungen vorliegen. Ist nun die Feilbietung abgehalten, so werden, bevor zur Erledigung des Licitationsprotokolls geschritten wird, diese Recurse dem Obergerichte und gewöhnlich eventuell

auch dem OGH. vorgelegt. Die rechtskräftige Erledigung dieser Recurse dauert zum mindesten sechs bis acht Monate. Hierauf wird der Licitationsact zur Wissenschaft genommen, der betreffende Bescheid allen Interessenten zugestellt und, da Recurse dawider unausweichlich sind, nach Eintreffen aller Zustellungsbescheinigungen (was unter Umständen auch einige Monate in Anspruch nimmt) den Obergerichten vorgelegt. So ist zum mindesten wieder ein Zeitraum von einem Jahre verflossen.

Nun wird die Verhandlung, betreffend die Liquidität und den Vorrang der concurrierenden Forderungen eingeleitet und zieht sich gewöhnlich einige Monate, bei Landgütern auch mehrere Jahre hin.[7]

Die Erledigung der Liquidierungsverhandlung durch die sogenannte Zahlungstabelle läuft sehr selten ohne Recurs ab, und so geschieht es, dass vom Feilbietungstage bis zur Auszahlung regelmässig ein Zeitraum von mehreren Jahren verstreicht, während welchem das Capital unverzinst daliegt.

Aus den obigen Ausführungen erhellt, dass die entsprechende Lösung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte die Zinsen von den bei der Meistbotvertheilung auf den Kaufpreis gewiesenen Forde-

---

[7] Nachfolgende Daten über die Dauer des vom Tage der Feilbietung bis zur Auszahlung der Gläubiger in Galizien verstreichenden Zeitraums mögen diese Behauptung bekräftigen: In der Angelegenheit der gal. Sparcasse wider Carl Riedl wurde das Gut Ruszkowa am 8. Aug. 1881 executiv verkauft. Bis zur Stunde konnte die gal. Sparcasse ihr Geld aus dem Kaufpreis nicht beheben. — In Sachen derselben Anstalt wider Lintner wurde die Realität sub C. Z. 384 3/4 in Lemberg am 7. April 1880 executiv verkauft und die Forderung der Anstalt konnte erst im Jahre 1888 aus dem Gerichtsdeposit behoben werden. — In Sachen der gal. Hypothekenbank wider Dr. Lewkowicz erfolgte die Feilbietung der Realität sub C. Nr. 424 und 425 2/4 in Lemberg am 26. Febr. 1886, die Liquidierungsverhandlung ist noch bis nunzu nicht beendigt. — In der bei dem KG. in Tarnów verhandelten Angelegenheit der Towarnicki'schen Stiftung wider die Eigentümer der Güter Parkosz und Łabuzie verfloss von dem Tage der Feilbietung bis zur Rechtskraft der Zahlungstabelle ein Zeitraum von 13 Jahren! — Hiemit habe ich einen wunden Punkt unserer Justizpflege berührt. Es ist nicht zu verwundern, wenn bei einer aus dem vorigen Jahrhundert stammenden Gerichtsprocedur, die sich den modernen Verkehrsverhältnissen nicht anpassen will, sich mancher usus fori ausbildet, dessen Wert für das rechtsuchende Publicum mitunter problematisch ist, der aber schon durch die Einmütigkeit, mit der er gehandhabt wird, zwingende Gesetzeskraft erlangt. — Es ist auch begreiflich, wenn in einzelnen Ländern dieser usus fori verschiedene Gestalten annimmt. Doch ist es immerhin eine sonderbare Erscheinung, wenn solche Gerichtsgebräuche, anstatt dem rascheren Verkehrsleben Rechnung zu tragen, die an sich schon schleppende Gerichtsordnung noch mehr complicieren und verlangsamen — wie es oft in Galizien der Fall ist. Dieser Umstand, neben der unzweifelhaft grösseren Ueberbürdung der galizischen Richter im Verhältnis zu anderen Ländern erklärt uns, weshalb Klagen über galizische Justizzustände sowohl innerhalb des Landes (vgl.: Der galizische Landtag über die Reform des Justizwesens in der Zeitschr. f. Notar. Nr. 16 v. J. 1889), als auch ausserhalb desselben laut werden und einer gründlichen Reform der Civilprocessordnung lebhafter als irgendwo entgegengesehen wird.

rungen dem Gläubiger gebüren, eine für den Realcredit und insbesondere für die das Hypothekargeschäft betreibenden Anstalten eine eminent wichtige, und daher vollkommen geeignet ist, im Plenum des OGH. einer eingehenden Beratung unterzogen zu werden. Wir glauben nicht zu weit zu greifen, wenn wir die Behauptung aufstellen, dass in dem Falle, wenn der OGH. den oben bekämpften Grundsatz auch in Zukunft aufrecht zu erhalten fände, diese Anstalten die Bedingungen ihres Hypothekarcredits — wenn dies überhaupt möglich — einer radicalen Reform unterziehen müssten, oder aber Abhilfe bei der Legislative gesucht werden müsste.

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

IV.

Die Grenzklagen.

A. Allgemeines.

a) Forum.

41. Der Gerichtshof, bei welchem als nach § 53 JN. zuständiger Realinstanz das Ansuchen um Grenzberichtigung, bez. Erneuerung, angebracht wird, kann das Gesuch deshalb, weil dasselbe nach Angabe des Einschreiters durch ein den bisherigen gemeinsamen Besitz der Grenzlinie störendes Vorgehen veranlasst wurde, es sich demnach hier um eine Streitigkeit wegen gestörten Besitzes handle, nicht an das nach § 55 JN. zuständige städt.-deleg. Bezirksgericht verweisen; denn da der Einschreiter mit seinem Gesuche die Erneuerung der Grenzen im Sinne des § 850 bGb. bezweckt, so ist zur Erledigung des Gesuchs der angerufene Gerichtshof, nicht das städt.-deleg. Bezirksgericht berufen, welches § 55 JN. nur für die auf bestimmte Zeit beschränkten Besitzstörungsprocesse als competent erklärt (10. Aug. 1871/4219).

42. Das Ansuchen um die Berichtigung der Grenzen zweier Güter, für deren eines ein Gerichtshof, während für das andere ein Bezirksgericht die Realinstanz bildet, kann gleichwohl nach der Wahl des Berichtigungswerbers bei dem einen oder dem andern Gerichte angebracht werden, da im § 53 JN. von den Realinstanzen im allgemeinen gesprochen und darin ein Unterschied zwischen Gerichtshöfen und Bezirksgerichten nicht gemacht wird (23. Mai 1883/9450).

42 a. Siehe oben III Nr. 11 a.

b) Legitimation.

43. Der Anwendung der §§ 850 und 851 bGb. steht nicht entgegen, dass der Grenzerneuerungswerber noch nicht den physischen Besitz des abzugrenzenden Guts hat, sobald er nur als Eigentümer intabuliert erscheint (17. März 1885, C. IV 140).

c) Verfahren.

44. Das Ergebnis des über ein Grenzerneuerungsgesuch vorgenommenen Augenscheins und der Vermessung ist den gegnerischen Betheiligten vorzuhalten und es muss diesen gestattet werden, hiewider ihre Einwendungen und allfälligen Behelfe vorzubringen (1. Oct. 1884/10185).

45. Das Begehren um Grenzregulierung und Setzung der Grenzmarken auf dem Wege der Zwangsvollstreckung eines Erkenntnisses über Besitzstreitigkeiten, in welch' letzterem lediglich der Schutz des Klägers in seinem Besitze und eine Strafandrohung wider den Belangten ausgesprochen worden war, ist unstatthaft (13. Aug. 1874/5445).

B. Grenzerneuerung.

a) Voraussetzungen.

46. Der § 850 bGb. setzt voraus, dass zwischen Grundstücken, die in dem nicht bestrittenen Besitze verschiedener Parteien sich befinden, die Grenzen bestimmt und nicht streitig, allein durch Umstände so verletzt worden sind, dass sie unkenntlich werden könnten, — dass sie also noch kenntlich sind. Handelt es sich jedoch nicht um die bessere Kenntlichmachung unstreitiger Grenzen im Sinne des § 850, sondern um die Fixierung eines Beweises über den eigentlichen Grenzzug, der in einem künftigen Processe dienen soll, so kann ein diesbezügliches Begehren nicht auf § 850 gestützt werden (28. Jän. 1873/4857).

47. Der Anspruch auf gemeinschaftliche Grenzerneuerung auf Grund des § 850 bGb. kann nur dann gestellt werden, wenn bestimmte und nicht streitige Grenzen gegeben sind, die jedoch durch Umstände so verletzt worden sind, dass sie ganz unkenntlich werden könnten (20. Sept. 1881/9756).

48. Es ist keine Voraussetzung des Grenzerneuerungsansuchens, dass die Grenze durch bestimmte Marken oder Grenzzeichen bezeichnet sei (17. März 1885, C. IV 140).

b) Verfahren.

49. Das Begehren um Erneuerung der Grenzen kann, sobald die Weigerung des Einschreiters vorliegt, im officiösen Wege nicht verhandelt werden und ist auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen (31. März 1874/5317).

50. Ueber das lediglich von Einem Interessenten eingebrachte Grenzerneuerungsgesuch ist vorerst eine Tagsatzung anzuordnen, bei welcher die übrigen Interessenten zu der Erklärung aufzufordern sind, ob sie sich an der Grenzerneuerung betheiligen, da dieselbe ohne eine solche Betheiligung für den Gesuchsteller selbst in einem anzustrengenden Streite nicht verwertbar, daher zwecklos wäre (29. Nov. 1881/8567).

c) Kosten.

51. Ist einmal die Frage, ob der Fall einer Grenzerneuerung vorhanden sei, durch Einigung der Interessenten entschieden, so kann die Vorschrift des § 850 bGb. über die gemeinschaftliche Tragung der Kosten durch die dagegen eingelegte Verwahrung eines Theils nicht behoben werden (1. April 1879/7397; 3. Febr. 1887, C. VII 77). — Vgl. unten Nr. 62.

C. Grenzscheidung und Grenzberichtigung.

a) Verfahren.

52. Die §§ 850 und 851 bGb. weichen nur darin von einander ab, dass der erstere voraussetzt, dass die Grenzzeichen derart verletzt seien, dass sie gänzlich unkenntlich werden könnten, während der zweite dann anwendbar ist, wenn die Grenzen wirklich unkennbar geworden sind oder bei Berichtigung der Markung ein Streit entsteht. Beide Paragraphe setzen jedoch das frühere Vorhandensein von Grenzzeichen voraus, weil sonst die Randglosse zu § 850 nicht von Erneuerung der Grenzzeichen und § 851 nicht von unkennbar gewordenen Grenzzeichen und von Berichtigung der Markung sprechen könnte. Es muss daher auch § 852 dahin ausgelegt werden, dass die Beweise, deren derselbe erwähnt, auf den Nachweis einer früher bestandenen Vermarkung Bezug haben, nicht aber etwa darauf, dass ein seit Jahren gemeinschaftlich besessenes Grundstück in das ausschliessliche Eigentum des einen der Besitzenden, sei es durch ein Rechtsgeschäft, sei es durch Ersitzung, gelangt sei (8. Mai 1873/4966).

53. Ueber Ansuchen eines Theilhabers hat der Richter eine Grenzerneuerung nur dann vorzunehmen, wenn Grenzzeichen so verletzt worden sind, dass sie ganz unkenntlich werden könnten; sonst hat das Gericht gemäss § 851 bGb. lediglich auf Begehren den letzten Besitzstand zu schützen, ohne berufen zu sein, auf einseitiges Begehren sich in eine Grenzbestimmung einzulassen. Es ist daher in einem solchen Falle die Anordnung einer Commission zur Grenzerneuerung ohne vorläufige Vernehmung des Gegentheils gesetzwidrig (4. April 1876/6008).

54. Wenn auch gegen das Begehren um commissionelle Erneuerung unkenntlich gewordener Grenzen eingewendet wird, dass der Grenzerneuerungswerber eigentlich eine Grenzberichtigung anstrebe und schon wegen Besitzstörung verurtheilt worden, der Besitz daher streitig sei, so hat das Gericht doch, mögen die Grenzen nun wirklich unkenntlich oder streitig sein, den letzten Besitzstand im Wege commissioneller Verhandlung unter Zuziehung der Anrainer zu schützen (27. Sept. 1876/6246).

55. Das Recht, eine gemeinschaftliche Erneuerung der Grenzen zu verlangen, muss einem Theilhaber und Anrainer nicht nur dann, wenn die einst bestandene Abgrenzung ganz unkenntlich werden könnte, sondern auch dann, wenn sie ganz und gar unkennbar geworden ist, gesetzlich zugestanden werden. Der § 851 macht es dem Gerichte zur Pflicht, bei der Berichtigung der Markung dort, wo die Grenzen wirklich unkennbar werden oder wo ein Streit entsteht, vor allem den letzten factischen Besitzstand zu schützen und erklärt den Rechtsweg erst dann für zulässig, wenn eine Partei durch die getroffene provisorische Verfügung des nach §§ 850—853 einschreitenden Gerichts sich beschwert und beeinträchtigt erachtet. Es ist daher auch über das Gesuch um Erneuerung unkenntlich gewordener Grenzen im officiösen Verfahren zu verhandeln (6. Febr., 14. Nov. 1877, 20. Febr. 1883/6371. 7744. 9316).

56. Im § 851 wird nicht festgesetzt, dass bei entstehendem Streite der um die Grenzerneuerung Ansuchende ohneweiters auf den Rechtsweg zu verweisen sei; vielmehr hat das Gericht in solchem Falle den letzten Besitzstand zu schützen und deshalb diesen Besitzstand zu erheben, und derjenige, welcher sich dadurch für verletzt erachtet, hat sein vermeintliches Recht mittelst ordentlicher Klage geltend zu machen. Die Vornahme der Grenzberichtigung gegen einen dissentierenden Miteigentümer ist daher statthaft (8. Oct. 1877, 20. Febr., 24. Oct. 1883/6569. 9316. 9618).

57. Auch wenn sich dem Ansuchen um Vornahme der Grenzberichtigung, eventuell Theilung des streitigen Raums, von Seiten des Gegners widersetzt wird, ist der Berichtigungswerber nicht gehalten, sein Begehren im Wege der ordentlichen Klage anzubringen; es ist vielmehr der ordentliche Rechtsweg erst dann zulässig, sobald sich eine Partei durch die über das Grenzberichtigungsansuchen im Wege des Besitzverfahrens getroffene provisorische Verfügung des Gerichts verletzt glaubt (16. März 1869, 6. Febr., 14. Nov. 1877/3344. 6371. 7744).

58. Der „Anspruch auf Grenzregulierung“ muss nicht erst im Rechtswege dargethan werden, er ist schon gegeben, sobald die Behauptung des Grenzregulierungswerbers, dass die Grenzen unkenntlich geworden seien, nicht als unrichtig bezeichnet wurden (30. Aug. 1888, C. VII 76.).

59. Die Schlussbitte der Klage (es sei nötig, die Grenze zwischen der Wiese des Klägers Parcelle x und der nachbarlichen Wiese des Beklagten Parcelle y zu erneuern, u. zw. die frühere Grenze zwischen beiden Wiesen mit Hilfe von Sachverständigen durch Einsetzung des fehlenden Grenzsteins in jener Linie, in welcher beide Wiesen an die Wiese Parcelle z angrenzen, wieder herzustellen) kann nicht unbestimmt genannt werden, da sie ohne jeden Zweifel das Begehren um Erneuerung der unkenntlich gewordenen Grenzen der Parcellen x und y enthält. In der bei der Tagfahrt, die zur Aufnahme des Sachverständigenbeweises stattfand, abgegebenen Erklärung beider Anrainer, dass sie zur Erneuerung der unkenntlichen Grenzen nach dem Stande der Catastralmappe einwilligen, muss eine Submission des Beklagten auf die Schlussbitte, also die Einwilligung dazu erblickt werden, dass die unkenntlichen Grenzen durch die Einsetzung des Grenzsteins, welcher dort nicht bestand, an der Stelle, wo die Sachverständigen nach vollzogener Messung der Catastralmappe gemäss ihn einzusetzen für nötig finden, sichergestellt werden (8. Mai 1879,9720).

b) Grenzregulierung durch einen Schiedsmann.

60. Die Bestimmung der strittigen Grenze zwischen zwei Liegenschaften durch einen von beiden Theilen gewählten Schiedsmann ist wirksam, wenn auch ein Theil während der Grenzbestimmung sich mit derselben nicht einverstanden

erklärt und der weiteren Berainung nicht beigewohnt hat; es müsste denn nachgewiesen werden, dass der Schiedsmann bei Festsetzung der Grenzlinie irrtümlich vorgegangen sei (20. Juni 1888, C. VII 2).

61. Wenn auch die Parteien auf die gerichtliche Ausfertigung und Zustellung des vor Gericht geschlossenen Vergleichs, mit welchem sie über eine bisher streitige Grenzlinie im Principe, ferner darüber übereingekommen sind, dass die Grenzlinie durch Sachverständige an Ort und Stelle zu erheben und zu bezeichnen sei, verzichtet und die Einberufung der Sachverständigen selbst übernommen haben, so liegt darin kein Verzicht auf das Recht, die gerichtliche Execution des Vergleichs zu verlangen, falls derselbe im aussergerichtlichen Wege nicht vollzogen werden sollte (18. Dec. 1883/9703).

c) Kosten der Grenzberichtigung.

62. Auf den bei Berichtigung der Marken entstandenen Streit, bei welchem nach § 851 bGb. der letzte Besitzstand zu schützen ist, sind die Normen über das Verfahren in Besitzstörungsstreitigkeiten anzuwenden, wie aus der Citation des § 851 bGb. im § 2 der kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 (RGB. 12) hervorgeht; es muss daher dem Gegner des Grenzberichtigungswerbers, sobald er in dem Besitze innerhalb der von ihm behaupteten Grenzen geschützt worden ist, nach § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) der Ersatz seiner Verhandlungskosten zugesprochen werden (29. Oct. 1884/10239). — Vgl. oben Nr. 51.



Vorträge in der Wiener Juristischen Gesellschaft.

Am 5. April hielt Otto Gierke in der Wiener Juristischen Gesellschaft vor einer überaus zahlreichen und von den illustresten Männern der Wissenschaft besuchten Versammlung einen ebenso gedankenreichen als formvollendeten und durch die Kraft der Beredsamkeit hinreissenden Vortrag über die sociale Aufgabe des Privatrechts. Er kennzeichnete im Eingange den Gegensatz der römischen und der deutschen Rechtsanschauung, hob dann hervor, dass Rechtswissenschaft und Rechtspflege eine Volksangelegenheit seien, und entwarf ein klares Bild dessen, was eine Privatrechtsordnung leisten soll, welche alle Lebenskreise und Berufsverbände, den Einzelnen, die Familie, die Genossenschaft, Reich und Arm, gleich tief berührt. Nicht blos dem Juristenstande, welchen die begriffliche Schärfe und der folgerichtige Denkprocess des römischen Rechts begreiflicherweise besonders anspricht, sondern allen Schichten der Bevölkerung soll eine volle Befriedigung der individuellen Rechtsbedürfnisse und die Anerkennung des erstarkten bürgerlichen Bewusstseins zutheil werden, da der Einzelne nicht isoliert, sondern nur als Glied der Gesammtheit gedacht werden kann, deren Schicksale er handelnd wie leidend theilt.

Die Idee von Eigentum und Gemeinwirtschaft, von Schutzmassregeln des Schwächeren gegen den Stärkeren (worauf bekanntlich schon Goethe hingewiesen hat), blieb dem römischen Rechte fremd, und darum vermochte es ungeachtet seiner virtuosen Technik dem socialen Zersetzungsprocesse nicht entgegen zu wirken. Ganz anders das germanische Recht, dessen Rechtsideen tiefer angelegt waren, dessen Rechtsauffassung innerhalb des nationalen Lebens starke Wurzel gefasst hatte.

Der Redner schilderte nun, wie der Gedanke der Einheit alles Rechts das Mittelalter beseelte, wie sich stufenweise und fast unbemerkt das fremde, gelehrte und geschriebene Recht Eingang verschafft hat, und wie aus den Gedankenelementen des aufgelösten Mittelalters socialrechtliche Zwischengebilde entstanden, um der atomisierten und mechanisierten Gesellschaft den Boden zu sichern. An die grosse germanische Vergangenheit musste man anknüpfen, um die Detailfactoren in einem Baue von geschlossener Einheit zusammenzufassen. Das germanische Rechtsleben ist durchdrungen von einem Hauch socialer Freiheit, es hat sich von dem Irrtum frei erhalten, das Privatrecht individualistisch auszugestalten. Darum soll auch das gemeine Recht der Ursprung sein, aus dem die Sonderrechte hervorgehen und welches dieselben wie ein hochgewölbter Bau umspannt.

Der Vortragende gelangte im Verlaufe seiner feingegliederten, eindrucksvollen Darstellung zur Besprechung der einzelnen Rechtsinstitute des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Er erklärt sich gegen den absolutistischen Begriff des Eigentums im römischen Rechte. In Wahrheit ist das Privateigentum kein absolutes. Die ausschliessliche Herrschaft muss im öffentlichen Interesse, abgesehen von der Enteignung, von Agrar-, Jagd-, Forst-, Wasserrechtsangelegenheiten u. dgl. Einschränkungen erleiden; das Grundeigentum ist Sonderrecht nur mit dem starken Vorbehalte, dass es dem gemeinsamen Nutzen nicht völlig entzogen ist. Die grosse sociale Function des Grundeigentums darf nicht verkannt werden. Die Stetigkeit des Wohnsitzes müsse gesichert und ein kräftiger Schutz gegen Zersplitterung und Verschuldung des Grundbesitzes gewährt werden. Das Pflichtenverhältnis, welches im Sachenrecht über dem Herrschaftsverhältnisse nicht verkannt werden dürfe, umspannt im Obligationen-

rechte eine ganze Welt socialer Aufgaben. Auch die Vertragsfreiheit soll nicht schrankenlos sein. Sie hat ihre Grenzen in dem, was rechtlich zulässig und sittlich erlaubt ist. Ein Schuldrecht, welches keine höheren Gesichtspunkte kennt, als jene der Verkehrssicherheit und Verkehrsfreiheit, entbehrt der ethischen Grundlage. Das Familienrecht und Erbrecht anbelangend, führte der Redner aus, dass auch hier eine einschneidende Reform im Geiste der socialen Gerechtigkeit geboten erscheint. Das ganze Familienrecht sei kein individuelles Recht, sondern Socialrecht, wie dasselbe im germanischen Rechtsleben und dessen Idee von der Einheit und Solidarität der Familienverbände zum Ausdrucke gelangt. Vom Familienrecht lasse sich die Brücke zum Gesinderechte, zum Rechte der höheren Hausdienerschaft sowie der Lohnarbeiter schlagen, societäre Formen, für welche das Obligationenrecht überhaupt nicht ausreicht. In Bezug auf das Erbrecht, die gesetzliche Erbfolge als die primäre, der Geschlechterfolge entsprechende sociale Function bezeichnend, wies der Redner am Schlusse darauf hin, wie das Privatrecht in den Stiftungen und corporativen Verbänden zum öffentlichen Rechte emporsteige und in solcher Weise in das zweite grosse Rechtsgebiet, in das öffentliche Recht, hinüberleite. —

Am 10. April sprach in unserer Gesellschaft wieder Paul **Laband** über die Revision des allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. In einer eindrucksvollen Kritik des Handelsgesetzbuchs entwickelte der Sprecher den Gedanken vom engen Zusammenhange zwischen bürgerlichem und Handelsrecht, so zwar, dass der Vollendung der Codification des bürgerlichen Gesetzes für das Deutsche Reich die Inangriffnahme der Revision des Handelsgesetzes notwendig folgen müsse. Sei doch das bürgerliche Recht das universelle, umfassende, welches gleich einem Fluidum alle Partien des Handelsrechts durchdringe. Das geltende im Auftrage der Deutschen Bundesversammlung durch eine Commission unter Mitwirkung von Abgeordneten der österreichischen Regierung verfasste Handelsgesetzbuch besitzt einen Doppelcharakter; es enthält wirkliches Handelsrecht, also specielles Recht, welches den Kaufmann als solchen und seine Handelsgeschäfte betrifft, dann aber auch fragmentarisches Obligationenrecht. Diese Verschiedenheit der Principien, diese Verschiebung des richtigen Verhältnisses zwischen beiden Rechtsgebieten infolge der vielverbreiteten Meinung, dass das Handelsrecht gleichsam der Pionnier sei, während das bürgerliche Recht in seiner Gefolgschaft einherziehe, verursache Unsicherheit und Unklarheit in Rechtslehre wie Rechtspflege.

Soll das Handelsrecht seiner Aufgabe wirksam entsprechen, müssen für dasselbe ausschliesslich die commerciellen Interessen maassgebend sein, es muss sich plastisch abheben von der gemeinsamen Grundlage des Privatrechts. Das Handelsrecht solle daher entlastet werden von allen Bestimmungen, die sich mit dem bürgerlichen Gesetzbuche decken.

In einer geistvollen Analyse des Handelsgesetzbuchs gieng nun der Redner auf die einzelnen Punkte näher ein und zeigte, wie z. B. im Abschnitte, betreffend die „allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte“, die Rechtssätze über Schadenersatz, Conventionalstrafe, die übermässige Verletzung, die vertragsmässigen Zinsen, die Anerkennung einer Rechnung, die Beweiskraft eines Schuldscheins, die Aufhebung der Lex Anastasiana, die Auslegungsregeln u. s. w., aus dem Handelsrechte wegfallen könnten.

Auch von den beiden Bestimmungen jener über die solidarische Haftung gemeinschaftlich nach Handelsrecht Verpflichteter, und die Unzulässigkeit der Einrede der Theilung oder der Vorausklage, könnte die erstere in das bürgerliche Gesetz aufgenommen, die letztere dagegen gestrichen werden.

Wirkliches Handelsrecht dagegen enthalten die Sätze über den kaufmännischen Zinsenanspruch, die Ordrepapiere und das kaufmännische Retentionsrecht. In den Abschnitten, welche von der Abschliessung und Erfüllung der Handelsgeschäfte handeln, decken sich ebenfalls viele Bestimmungen mit dem bürgerlichen Rechte. Von specifisch handelsrechtlicher Natur seien hier jene der Artikel 323, 331, 335. Ueberhaupt müsse man sagen, je besser das bürgerliche Recht ist, desto conciser könne das Handelsgesetz sein und darin wäre ein manifester Beweis gelegen, nicht etwa dafür, dass das Handelsgesetz schlecht, sondern das bürgerliche Gesetz gut sei. Eine Materie könnte gleichfalls entfallen, was einigermassen Verwunderung erregen dürfte: das ganze Actienrecht.

Zu diesem Ergebnisse gelange man, wenn man zwischen Handelsactienrecht und bürgerlichem Actienrecht unterscheide, und wenn man sich gegenwärtig halte, dass es eigentlich nur ein Begriff ist, der das Actienrecht stigmatisiert, nemlich jener des Grundcapitals, das neben dem Vermögen der Gesellschaft in Betracht kommt.

Von hohem Interesse waren die Bemerkungen über diese Societät, welche, ursprünglich durch die Tendenz nach schwunghaftem Betriebe industrieller Handelszweige hervorgerufen, über diese Absicht längst hinausgewachsen ist. Im weiteren charakterisierte der Vortragende das Verlagsgeschäft, das Versicherungsgeschäft und die Binnenschiffahrt, deren vorwiegend gewerberechtliche und verkehrspolizeiliche Grundlagen hervorhebend. Allein nicht blos durch Ausscheidung des nur scheinbar commerciellen Rechtsstoffs, auch durch Ergänzung und Vertiefung der effectiv kaufmännischen Bestimmungen würde das Handelsrecht wesentlich gewinnen. Ueber die eigentümliche Natur des Contocorrentgeschäfts, Lieferungskaufs, der Cheques ist nichts gesagt; von Lagerscheinen nur, dass sie durch Indossament übertragbar sind; die Vorschriften über Frachtgeschäft auf Eisenbahnen sind von der Praxis längst überholt und umgestaltet. Das eigentlich Charakteristische im Handelsgesetzbuche bildet die Unterscheidung der Handelsgeschäfte in absolute (objective) und in relative. Aber auch hier ist die dermalige Grenzlinie keine genaue. Der Kauf von Waaren, um dieselben weiter zu veräussern, also der Speculationskauf, soll das absolute Handelsgeschäft charakterisieren. Allein was kümmert den Gesetzgeber das Motiv und wer vermöchte dasselbe zu ergründen? Nur die objectiven Erkennungsmomente können bestimmend sein, nur die Stabilität, die Continuität, der gewerbemässige Umsatz von Waaren, sind die entscheidenden Criterien, mit der alleinigen Ausnahme bei Börsengeschäften. Es werden die gewöhnlichen Geschäfte zu Handelsgeschäften, sobald sie den Handel betreffen, und zwar in doppelter Beziehung, sowohl des Handelsgewerbes als einer Handelsperson und damit ist auch der Begriff der Handelspersonen, des Kaufmanns, der Handelsgehilfen in der Praxis ein äusserst fraglicher, wie der Redner an einigen gut gewählten Beispielen zeigte. Ist auch, schloss er, der Beschluss der Bundesversammlung vom Jahre 1863, dass eine Abänderung des Handelsgesetzbuchs nur im wechselseitigen Einvernehmen der Regierungen, durch deren Mitwirkung dasselbe zustande kam, infolge der veränderten Verhältnisse gegenstandslos, so bestehe doch zwischen Oesterreich-Ungarn und dem Deutschen Reiche eine solche Uebereinstimmung der Rechtsanschauungen und Rechtsbedürfnisse, dass jedes grosse Gesetzeswerk in den beiden Nachbarreichen die gemeinsame wissenschaftliche Thätigkeit anspornt und die fortschreitende Rechtseinheit in der bürgerlichen und handelsrechtlichen Gesetzgebung als dankenswert erscheinen lässt.

Literarische Anzeigen.[1]

Excurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht. Beilagen zum Commentar von Dr. Leopold **Pfaff** und Dr. Franz **Hofmann**, Professoren an der Wiener Universität. I. Bd., 2., 3., 4. Heft. Wien 1889, Manz.

Nach einer längeren Pause, ausgefüllt mit vielen „nicht ganz freiwillig oder auch ganz unfreiwillig übernommenen Aufgaben", überraschen uns die Verfasser auf einmal mit einem dreifachen Heft der Excurse zu ihrem bisher nur im zweiten Bande fortgeführten Commentar. Nicht weniger als 12 Jahre liegen zwischen diesem und dem ihm vorausgegangenen Heft der Excurse. Das letztere endete mit pag. 112, auf welcher die Lehre von den zeitlichen Grenzen der Gesetze abgeschlossen war und ein linguistischer Excurs über das Wort Billigkeit begann. In dem vorliegenden neuen Heft ist pag. 111 nachgedruckt, der Excurs über das Wort Billigkeit auf S. 350 fg. versetzt und dazwischen (S. 112—350) eine monographische Darstellung der Lehre von den „zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit der Privatrechtsnormen" eingeschoben. Diese Darstellung zerfällt in zwei ungleiche Theile: einen theoretischen (S. 112—144), welcher unter der Ueberschrift „Allgemeine Lehren" die Grundlegung enthält, und einen casuistischen (S. 144—295), von den Verfassern als „Besonderer Theil" bezeichneten, in welchem die Anwendung der in jenem gewonnenen Sätze auf Detailfragen aus allen Gebieten des Civilrechts unternommen wird, dann in einen dogmengeschichtlichen „Anhang" (S. 296 bis 350), welcher die Geschichte der Theorien der zeitlichen Grenzen vorführt.

Wir stehen nicht an, den letzteren Theil, den „Anhang", als die bedeutendste und beste Partie der Schrift zu bezeichnen. Ist auch die Darstellung keine organisch gegliederte und gleichmässig abgerundete — was sie übrigens bei der Sprödigkeit des Gegenstands nicht leicht werden konnte — so gewährt sie doch im grossen und ganzen einen klaren Ueberblick über die Entwicklung und den Zustand der Lehre oder eigentlich der Lehren von der zeitlichen Collision und erspart so dem Leser, der sich hierin orientieren will, eine Arbeit, vor deren Mühseligkeit gar mancher zurückschrecken muss. Und das muss schon als ein durchaus nicht gering anzuschlagender Gewinn betrachtet werden.

Von den zwei ersten Theilen verhält sich der zweite zu dem ersten wie eine Sammlung von Aufgaben mit Lösungen zu den reinen Lehrsätzen, auf welche sie sich beziehen. Der erste Theil aber, schon in seiner Gesammtheit von geringem Umfange, schrumpft bei näherer Betrachtung zu einem ziemlich kleinen Aufsatze zusammen. Er ist in acht Abschnitte eingetheilt. Im ersten werden „Titel und Aufgabe" der Darstellung erklärt. Der zweite giebt eine Zusammenstellung der auf den Gegenstand der Darstellung bezüglichen Literatur des 19. Jahrhunderts mit kurzen treffichen Charakteristiken der einzelnen Werke (S. 113—123). Der dritte weist der behandelten Materie ihre Stellung im System der „Rechtswissenschaft" an (S. 123—125). In den drei folgenden untersuchen die Verfasser die Begriffe der Rückwirkung und der Nichtrückwirkung der Gesetze, dann den Begriff der erworbenen Rechte (S. 125—138), wobei sie zu dem Ergebnisse gelangen, dass der Inhalt dieser Begriffe kein feststehender ist und dass mit denselben schon wegen ihrer Vieldeutigkeit vorsichtig operiert werden soll. Hierauf folgt eine sehr kurze Erörterung über das „Verhältnis zwischen Entstehung und Inhalt der Rechte" (S. 138 u. 139) und daran schliesst sich endlich die Abhandlung

---

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz **Perles** in Wien, I. Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

über „das sachliche Princip dieser Lehre“ (S. 140—144), in welcher die Verfasser ihren eigenen Schlüssel construieren, mit dem sie das Problem lösen und alle Detailfragen entscheiden wollen.

Der Schwerpunkt der ganzen Darstellung liegt also in dem letzten Abschnitte des ersten Theils. Die Verfasser beginnen mit der Verwerfung der von den „meisten der bisherigen Bearbeiter“ der Lehre aufgestellten formalen Principien und meinen, dass „nur materielle, sachliche Erwägungen hier zu einer Klarheit führen können“. Hierauf präcisieren sie gleich das Princip, „an dem wir uns in den schwierigsten Fällen zurechtfinden werden“. Dasselbe lautet einfach: „Niemand soll in seinem berechtigten Vertrauen auf die Rechtsordnung getäuscht werden“. Dieser Satz lasse sich jedoch in „zwei speciellere Sätze“ auseinanderlegen: „a) Erworbene Rechte sollen geschont werden“ und „b) Gesetze müssen verlässlich sein; man muss also das Gefühl voller Sicherheit haben, wenn man seine (das Rechtsleben betreffenden) Handlungen und Unterlassungen den bestehenden Gesetzen gemäss einrichtet.“

In diesen Sätzen erschöpft sich alles, woraus die Verfasser die neue „materielle“ oder „sachliche“ Grundlage für die Lehre von den zeitlichen Grenzen bilden wollen. Im übrigen räumen sie ein, dass „auch das formale Princip der Nichtrückwirkung“ richtig sei. Dasselbe sei aber, meinen sie, „1. nicht für alle Fälle ausreichend“ und überdies „2. vieldeutig“, und es dürfe deshalb von diesem Princip „nur ein sparsamer Gebrauch“ gemacht werden. Das gleiche gelte von dem Princip der „erworbenen Rechte“, mit dem man in „sehr vielen Fällen“ auskomme, das uns aber in anderen Fällen wieder im Stiche lasse. Das beste sei darum, mit allen drei Schlüsseln zu operieren; wo der eine versagt, da werde der andere oder der dritte seine Schuldigkeit thun.

Die Theorie der Verfasser ist also, genau genommen, eine eklektische. Sie acceptieren nicht ganz, verwerfen aber auch nicht ganz die alten „formalen“ Principien der Nichtrückwirkung und der erworbenen Rechte, sondern wollen redlich versuchen, wie weit sie mit denselben kommen. Sie halten sich aber mit Rücksicht auf das Unzureichende dieser Principien noch ein drittes selbstgeschaffenes Princip in Reserve, auf das sie sich unter allen Umständen verlassen zu können glauben. Ihr sogenanntes „materielles Princip“ ist demnach ein blosses Aushilfs- oder Nothprincip, auf das wir nur in den „schwierigsten Fällen“ recurrieren sollen; bei minder schwierigen müssen wir uns schon mit den alten formalen Principien zu behelfen suchen.

Damit ist der vermeintlich neuen Theorie bereits das Urtheil gesprochen. Eine Theorie, die zwei als invalid erkannte Principien und daneben ein Reserveprincip in ihren Dienst nimmt, es bald mit dem einen, bald mit dem anderen versucht und zur Noth auf allen drei balancierend herumreitet, — das ist keine Theorie mehr, das ist, mit Verlaub, pure Spielerei.

Und nun erst diese „Principien“ selbst! Die alten von ihnen halb in Gnaden aufgenommenen finden die Verfasser selbst unzureichend. Kann man aber das Unzureichende noch Princip nennen? Ist nicht vielmehr die Unzulänglichkeit eines vermeintlichen Princips der beste Beweis dafür, dass das eben nicht das rechte Princip ist? Die Verfasser meinen, wenn auch jedes Princip für sich nicht ausreiche, so können doch beide zusammen, abwechselnd und „sparsam“ in Gebrauch genommen, schon was nützen. Ob man aber mit solchen Krücken sich noch auf dem Gebiete der Wissenschaft bewegt, das möchte denn doch zu bezweifeln sein. Sehen wir uns indessen die „sich gegenseitig ergänzenden Principien“ etwas näher an. Der Satz von der Nichtrückwirkung der Gesetze ist — sobald man sich nur über den Begriff der Rückwirkung klar ist — zweifellos ein richtiger. Aber ist das ein „Princip“ und nicht vielmehr ein specieller Anwendungsfall eines Princips? Wir brauchen blos nach dem Warum der Nichtrückwirkung der Gesetze zu fragen, um sofort zu finden, dass wir es mit einem blossen Folgesatz aus einem Princip, nicht mit diesem selbst zu thun haben. Und das gleiche gilt von dem Satz von der Unantastbarkeit der erworbenen Rechte, vorausgesetzt, dass er richtig so formuliert wird: Erworbene Rechte werden durch neue Gesetze nicht berührt. Dann ist er eben wie jener von der Nichtrückwirkung der Gesetze nur ein besonderer Anwendungsfall des allgemeinen Causalgesetzes. Wird er aber bei der Bestimmung der concreten Wirkung eines Gesetzes auf bestehende Rechts-

verhältnisse wie von den Verfassern S. 140 so formuliert: „Erworbene Rechte sollen geschont werden," dann ist er nichts als ein Wunsch oder ein Postulat an den Gesetzgeber, mit dem absolut nichts auszurichten ist.

Das letztere trifft vollständig für das neue „sachliche" Princip der „Verlässlichkeit der Gesetze" zu. Wollen wir uns nur nicht täuschen. In dem Satze: „Niemand soll in seinem berechtigten Vertrauen auf die Rechtsordnung getäuscht werden" ist — abgesehen davon, dass mit dem Attribut der Berechtigung des Vertrauens wieder etwas erst zu erklärendes in denselben aufgenommen ist — nicht ein wissenschaftliches Princip, auf dem weiter fortgebaut werden kann, sondern, um mit Kant zu reden, ein „Postulat der praktischen Vernunft" ausgedrückt, das für eine wissenschaftliche Operation gänzlich unbrauchbar ist. Alle Wissenschaft hat es nur zu thun mit dem, was ist, nicht mit dem, was sein soll. Die Sentenzen der Verfasser mögen daher wohl beherzigenswerte Ratschläge und Maximen für den Gesetzgeber sein, obschon wir fürchten, dass auch der Gesetzgeber, vor die erste beste praktische Frage gestellt, aus jenen allgemeinen Maximen nicht sonderlich klug werden wird; für die Lösung der Frage aber, ob und inwiefern schwebende Rechtsverhältnisse durch ein neues Gesetz ohne Uebergangsbestimmungen beeinflusst werden, sind sie völlig bedeutungslos. Mit Postulaten löst man eben weder wissenschaftliche Fragen, noch praktische Aufgaben. Man versuche einmal, mit Hilfe des gewiss unanfechtbaren „obersten Axioms", dass eine Brücke für Fussgänger und Fahrende vollkommen sicher sein soll, eine hängende Brücke über die Donau zu schlagen. Ganz denselben Dienst kann uns das „Axiom" von der Verlässlichkeit der Gesetze bei der Lösung einer concreten Collisionsfrage leisten.

Der Versuch, das Problem der zeitlichen Collision, bei welchem es sich doch nur um die Bestimmung der Wirkung des neuen Gesetzes auf in eine frühere Zeit zurückreichende Rechtsverhältnisse oder Thatbestände, mithin um einen Anwendungsfall des Causalitätsprincips handelt, mit Hilfe der „formalen" Principien der Nichtrückwirkung und der erworbenen Rechte und des „materiellen" Princips der Verlässlichkeit der Gesetze zu lösen, kommt uns so vor, wie wenn man z. B. die Wirkung des Regens auf die Pflanzenwelt bestimmen wollte einmal aus dem Princip der Nichtrückwirkung des Regens auf die bereits eingeheimsten Früchte, sodann aus dem Princip, dass ausgereifte Saaten „geschont werden sollen", und endlich aus der „sachlichen" Erwägung, dass niemand in seinem berechtigten Vertrauen auf die Weltordnung getäuscht werden darf. Die letzteren zwei Maximen mögen dem Neptun zur thunlichsten Berücksichtigung empfohlen werden; zur Lösung der gesetzten Aufgabe taugen sie so wenig, als das erste formale Princip.

Können wir hienach die im ersten Theile der Schrift entwickelte Theorie kaum als eine gelungene betrachten, so hindert das nicht, anzuerkennen, dass im zweiten, casuistischen Theile die meisten der vorgeführten Fälle richtig entschieden sind. Nur sind sie es trotz jener Theorie, nicht mit Hilfe derselben. Wie die meisten Schriftsteller, die von unzureichenden oder falschen Principien ausgiengen und doch im grossen zu richtigen Entscheidungen gelangten, so haben auch die Verfasser, wo sie richtig entschieden, nur scheinbar ihre Principien, in der Wirklichkeit haben sie — wenn auch unbewusst — das allein maassgebende Causalgesetz zur Anwendung gebracht. Wo sie aber über dieses sich hinwegsetzten, da sind sie auch richtig zu verkehrten Entscheidungen gelangt. Solche weist der zweite Theil in ziemlicher Anzahl auf. Es genügt hier der Hinweis auf die merkwürdige Entscheidung S. 178 über die Wirkung einer gesetzlichen Zinsbeschränkung auf bestehende Schuldverhältnisse. Es komme, meinen die Verfasser, „auf die Erheblichkeit der Aenderung an; geht der Gesetzgeber von 8 Percent auf 6 Percent oder gar nur von 6 Percent auf 5 Percent, so können ältere Geschäfte unberührt bleiben;" geht er aber von 12 Percent auf 6 Percent herab, dann sollen davon auch ältere Geschäfte betroffen werden. Warum? Weil nur das berechtigte Vertrauen in die Rechtsordnung nicht getäuscht werden darf, das Vertrauen desjenigen aber, der übermässige Zinsen sich ausbedingt, in die Rechtsordnung, welche das duldet, kein berechtigtes ist. Wie nun, wenn das Zinsenmaass von 9 Percent auf 6 oder 5 Percent herabgesetzt wird? Für diese Frage reicht das „Princip" leider nicht mehr aus.

In dem „sachlichen" Princip der Verfasser vermögen wir also eine Förderung der Lehre von den zeitlichen Grenzen nicht zu erblicken. Gleichwohl ist die vorliegende Schrift als eine bedeutende und wertvolle Leistung zu bezeichnen. Nicht sowohl, weil auch der Irrtum des Gelehrten belehrend ist, als vielmehr wegen der Fülle trefflicher Gedanken, welche uns überall, wo wir das Buch aufschlagen mögen, entgegentreten, und vornehmlich wegen des ausgezeichneten dogmengeschichtlichen Theils. Allerdings scheint uns die Art und Weise, wie sich die Verfasser S. 347 fg. mit dem Referenten auseinandersetzten, nicht blos eine unpassende, sondern geradezu eine unstatthafte zu sein. Die Ausführungen des Gegners durch eine geschickte Gruppierung einzelner aus dem Zusammenhange herausgerissener Stellen verzerren, um Kritik an denselben zu üben, ist eine Methode, gegen die ernstlich Verwahrung einzulegen ist. Indessen wollen wir uns in eine Antikritik nicht einlassen. Den Lesern liegt ja der in dieser Zeitschrift Bd. VI S. 1 ff. enthaltene Aufsatz vor und sie können daher die Berechtigung der an dessen Aufstellungen geübten Kritik leicht prüfen. Einen Vorwurf aber, den die Verfasser (S. 347 Note 208) gegen den Referenten erheben, darf er nicht unerwidert lassen, d. i. den Vorwurf der „Geringschätzung alles dessen, was auf diesem Gebiete gearbeitet worden ist." Den Vorwurf hat sich Referent offenbar nur zugezogen, weil er, zu der von den Verfassern im Commentar I S. 158 vorgetragenen Theorie Stellung nehmend, dieselbe als unbrauchbar oder ohne praktische Bedeutung für das gegebene Problem bezeichnet hat. Jedermann wird einsehen, dass diese Ausdrücke nicht in dem wegwerfenden Nebensinne, der sie mitunter begleiten mag, sondern in ihrem buchstäblichen Sinne gebraucht wurden, um das Unzureichende der bekämpften Theorie und deren Untauglichkeit zur Lösung des Problems zu bezeichnen. Darin eine Geringschätzung der Arbeit Anderer zu erblicken, wird keinem Einsichtigen einfallen. Die Verfasser mögen versichert sein, dass Niemand die Arbeiten der Heroen unserer Wissenschaft, der unter uns wirkenden wie der nur noch in ihren Werken fortlebenden, höher schätzt, als Referent, wenn er gleich manchmal selbst in Fragen von grundlegender Bedeutung eine oppositionelle Stellung einnimmt.

Geller.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

128.

Vereinbarung einer kürzer als die gesetzliche Verjährungsfrist bemessenen Präclusivfrist für die Geltendmachung des Anspruchs aus einem Vertrage.

(E. 29. März 1889, Z. 1926.)

Der Klage des Begünstigten aus einer Lebensversicherung stellte die geke Anstalt die Einrede entgegen, dass der Anspruch verjährt sei, weil die Klag. nach Ablauf der in der Polizze festgesetzten dreimonatlichen Frist seit der Abl lehnung des Anspruchs seitens der Anstalt angestellt wurde. Die Klage wurde deshalb in allen Instanzen abgewiesen, vom OLG. aus folgenden Gründen: In der Appellation wird der Widerspruch, dass das den Anspruch des Kl. ablehnende Schreiben der gekl. Anstalt ddo. 12. Febr. 1887 dem Kl. am 12. Febr. 1887 zugestellt wurde, nicht mehr aufrechterhalten und das erstr. U. deshalb angefochten. weil die diesem U. zugrunde liegende Interpretation des § 1502 bGb. eine unrichtige sei, wobei noch überdies hervorgehoben wird, dass die gekl. Anstalt keinen genügenden Beweis darüber gebracht habe, dass § 18 der allgemeinen Versicherungsbedingungen den von der Anstalt behaupteten Inhalt habe, und dass auch dasjenige, was der Polizze beigedruckt erscheint, nicht als das Originalstatut der Versicherungsanstalt angesehen werden könne. Mit Bedacht auf § 6 bGb. ist bei der Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen vor allem an dem Wortsinne festzuhalten und musste unzweifelhaft feststehen, dass die Worte dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen, um eine ausdehnende oder einschränkende Auslegung als zulässig anzusehen. Weiters ist anzunehmen, dass bei Abfassung des Gesetzes mit Sorgfalt zu Werke gegangen worden sei. Die Partikeln „weder“ — „noch“ stellen in der Regel eine ausschliessende Conjunctive dar, wodurch mehrere Dinge in einzelnen Sätzen oder Satzgliedern verneint werden (Adelung Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, revidierte Ausgabe, 4. Bd., S. 1424 und 1425). Es ist daher nicht richtig, dass diese Partikeln Adversativsätze mit sich führen müssen. Wenn der Kl. sich darauf beruft, dass im Falle der Richtigkeit der erstr. Anschauung die gesetzliche Verjährungsfrist vertragsmässig auf ein derartiges Minimum herabgesetzt werden könnte, dass es gar nicht mehr möglich wäre, eine Klage einzubringen und dass also das betreffende Recht gegen die Bestimmung des ersten Satzes des § 1502 bGb. sich zu einem unverjährbaren gestalten würde, so übersieht er, dass die Festsetzung einer derartigen Minimalfrist im Grunde der Bestimmungen der §§ 878 und 916 bGb. wohl anfechtbar wäre, und dass er selbst nicht behauptet, dass die im vorliegenden Falle vereinbarte Frist von nur drei Monaten als eine minimale anzusehen sei. Jeder Zweifel an der Richtigkeit der erstr. Anschauung muss aber schwinden, wenn auf die Genesis der Bestimmung des § 1502 bGb. zurückgesehen wird. Noch in dem mit dem Pat. v. 18. Febr. 1797 (JGS. 337) für Westgalizien und mit dem Hfd. v. 8. Sept. 1797 (JGS. 373) für Ostgalizien als Gesetz eingeführten Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs, III. Theil, § 621, heisst es, dass der Schuldner nicht befugt sei, die Kraft des Gesetzes zu vereiteln und sich selbst eine kürzere Verjährungsfrist zu bestimmen. In dem § 1502 bGb

ist wohl der schon mit der Resol. v. 31. Oct. 1785 (JGS. 459 lit. f) ausgesprochene Grundsatz, dass man sich des Verjährungsrechts im vorhinein nicht begeben und auch eine längere als die gesetzliche Verjährungsfrist nicht vereinbaren dürfe, aufgenommen, dagegen die oberwähnte ausdrückliche Bestimmung des § 621, III. Theil des westgalizischen Gesetzbuchs eleminiert worden. Es erübrigt nur noch der Hinweis, dass die Ansicht des Kl. in der Literatur des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs keine Unterstützung findet (Commentare: Zeiller, 4. Bd., S. 274; Nippel, 3. Bd., S. 166; Ellinger, 4. Aufl., S. 634; Stubenrauch, 4. Aufl., 2. Bd., S. 847; dann Winiwarter's Materialien, VIII, S. 203 und 204; Unger's System, 3. Aufl., 2. Bd., S. 444).

Der OGH. bestätigte die vorinstanzlichen U., wobei erwogen wurde, dass Versicherungsnehmer C in der von ihm unterzeichneten Declaration, deren Annahme durch die rechtzeitig und ordnungsmässig ausgefertigte Polizze beurkundet wird, ausdrücklich erklärt hat, die allgemeinen der Declaration übrigens beigefügten Versicherungsbedingungen zu kennen und sich denselben zu unterwerfen, dass die Behauptung der Unzulänglichkeit der Sprachkenntnisse des C umsoweniger für sich allein genügen kann, die verbindliche Kraft dieser Erklärung in Zweifel zu ziehen, als die mit dem Abdrucke dieser Bedingungen versehene Polizze auch in der Folge unbeanständet blieb, dass weder § 1502 bGb., noch irgend eine andere gesetzliche Bestimmung es den Parteien verwehrt, für die Geltendmachung der aus einem Vertragsverhältnisse entspringenden Ansprüche im allgemeinen oder insbesondere im Falle des Entstehens von Differenzen eine Präclusivfrist zu vereinbaren, dass eine solche Vereinbarung im vorliegenden Falle sich umsoweniger beanständen lässt, als es der in der Abkürzung von Schwebezuständen bestehende Zweck dieser Vereinbarung keineswegs in dem einseitigen Interesse der Versicherungsunternehmung gelegen ist und als die Regelung dieser Angelegenheit durch die allgemeinen Bedingungen der Versicherungsanstalten im § 10, Z. 8 der MVdg. v. 18. Aug. 1880 (RGB. 110) ausdrücklich zur Plicht gemacht wurde, das es sohin augenscheinlich an den Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) fehlt.

129.

Begriff der Eigenmacht: Einwilligung in die Besitzentsetzung durch stillschweigende Duldung derselben?

(E. 28. Febr. 1889, Z. 2117.)

A und B besitzen das Haus x getheilt. Die durch eine Bretterverschalung getrennten Theile des oberen Dachbodenraums sind aber ungleich und der Theil des A grösser als jener des B. Nun versetzte B die Bretterverschalung um 1·65 m gegen den Theil des A und wurde deshalb von diesem wegen Besitzstörung belangt. B bestritt die Eigenmächtigkeit seiner Handlungsweise, behauptend, A sei bei der Versetzung der Bretterverschalung zugegen gewesen und habe nicht nur dagegen nicht opponiert, sondern vielmehr seine Einwilligung hiezu dadurch zu erkennen gegeben, dass er den B aufmerksam machte, ein Brett ja so anzunageln, dass nicht das Stroh aus seiner (des A) Abtheilung in jene des B hineinragen könne. Der 1. R. wies deshalb die Klage ab. Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren. Gründe: Die Thatsache, dass die Scheidewand vor der Versetzung derselben durch den Gekl. auf der in der Skizze des Localaugenscheinsprotokolls bezeichneten Stelle factisch sich befunden hat, begründet an und für sich schon den factischen Besitz des Kl. an jenem Dachbodenantheile, hinsichtlich dessen er durch die Versetzung dieser Scheidewand des Besitzes entsetzt wurde. Was aber die Frage anbetrifft, ob das im § 339 bGb. und im § 1 der kais. Verordnung vom 27. Nov. 1849 erforderliche Merkmal der Eigenmächtigkeit in der Handlungsweise des Gekl. vorliegendenfalls als gegeben anzunehmen sei, so muss dieselbe bejaht werden; eine ausdrückliche Einwilligung des Kl. wird vom Gekl. selbst nicht behauptet. Nach § 863 bGb. kann man seinen Willen allerdings auch durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. Allein vorliegendenfalls mangelt es eben an dergleichen Handlungen des Kl., das blosse

Stillschweigen kann aber, wenn nicht besondere Umstände eintreten, die an der Willenszustimmung keinen Zweifel lassen, welche aber gegenwärtig nicht vorliegen, noch nicht als ein Zeichen der Einwilligung erachtet werden. Ueber diese Grenzen geht die Aussage der Zeugen nicht hinaus, kann daher zur Constatierung einer stillschweigenden Willenskundgebung von Seite des Kl. nicht genügen; allerdings würde aber auf eine solche geschlossen werden können, wenn der zwar vom Gekl. nicht ausdrücklich behauptete, wohl aber von der Zeugin P angeführte Umstand als erwiesen angenommen werden könnte, dass Kl. den Gekl. bei der Neuaufstellung der Verschallung ermahnt habe, noch ein Brett anzunageln, damit das Stroh von seiner Seite nicht herüberrage. Allein der Kl. widerspricht jede Art Einwilligung und obiger Umstand wird nun von einem Zeugen bestätigt, letzterer ist aber überdies als Ehegattin des Gekl. verwerflich und die Verwerflichkeit auch eingewendet worden, der Beweis hierüber kann demnach nicht als hergestellt erachtet werden. Die Handlungsweise des Gekl. erscheint demnach des Merkmals der Eigenmächtigkeit nicht entkleidet, die Voraussetzungen für den richterlichen Schutz des klägerischen Besitzes sind demnach allerdings vorhanden.

Der OGH. bestätigte das o. g. E. in der Erwägung, dass, wie sich aus den Anführungen der Parteien ergiebt, auch der obere Dachbodenraum des Hauses x in zwei Theile abgetheilt und der eine dem Kl., der andere dem Gekl. zugewiesen ist; dass, wie die Gründe des o. g. E. ausführen, auch eine stillschweigende Zustimmung des Kl. zur Versetzung der Scheidewand als erwiesen nicht angenommen werden kann; dass somit in der vom Gekl. vorgenommenen Erweiterung des ihm zugewiesenen oberen Dachbodenraums ein eigenmächtiger und widerrechtlicher Eingriff in den dem Kl. zugewiesenen Besitz eines Theils jenes Raums liegt.

130.

Die publica fides des Grundbuches: Sicherheit des bücherlichen Erwerbs einer Liegenschaft trotz der Kenntnis der früher ausserbücherlich erfolgten anderweitigen Veräusserung derselben.

(E. 12. Juli 1888, Z. 7093.)

Nachdem C von seiner Liegenschaft x die Parcelle y an A verkauft und in den Besitz übergeben hatte, verkaufte er dann die ganze Liegenschaft an die Eheleute B, welche sohin die Einverleibung ihres Eigentums erwirkten. Nun klagte A gegen B auf Anerkennung seines Eigentums an der Parcelle y, wurde aber vom 1. R. abgewiesen. Das OLG. erkannte nach der Klage. Gründe: Die Gekl. haben zugegeben, dass ihnen zur Zeit, als sie mit dem im Notariatsacte vom 7. Juli 1875 verbrieften, mit C abgeschlossenen Kaufvertrage die Realität x erworben haben und ihr Eigentumsrecht hierauf einverleiben liessen, bekannt war, dass der Kl. sich im Besitze des zur Realität x gehörenden Anteils an der Waldparcelle y bez. des Miteigentumsrechts an dieser Parcelle befand, dass die Gekl. die Ausübung dieses Besitzes niemals beanständeten, noch auch als Tabularbesitzer die Uebergabe dieses Waldantheils jemals verlangten. Hienach kann der Tabularbesitz der Gekl. nach § 326 bGb. nur als ein unredlicher angesehen werden. Dagegen ist durch die Aussage der Zeugen C und G erwiesen, dass der Kl. diesen Waldantheil, bez. das Miteigentumsrecht an der Waldparcelle y von dem ersteren Zeugen gekauft und in den Besitz übergeben erhalten hat, und die Behauptung der Gekl. widerlegt, dass dem Kl. nur die Nutzniessung des Waldantheils an Zahlungsstatt für die Zinsen seiner Forderung per 96 fl. 27 kr. überlassen worden sei. Der physische Besitz des Kl. ist daher ein redlicher. Bei dieser Sachlage ist anzunehmen, dass dieser Waldantheil beim Abschlusse des Kaufvertrags zwischen C und den Gekl. gar nicht Gegenstand der Veräusserung war, und es haben daher bei der Entscheidung über die vorstehende Klage nur die Bestimmungen der §§ 372 und 373 bGb. in Anwendung zu kommen, wonach die Gekl. als unredliche Besitzer in ihrem Tabularbesitze gegenüber dem Kl. als redlichem Naturalbesitzer nicht zu schützen, sondern gehalten sind, die Erwerbung des Eigentumsrechts von Seite des Kl. kraft des mit dem gemeinsamen Vormanne schon früher abgeschlossenen Kaufvertrags anzuerkennen und demzufolge auch die bücherliche Abschreibung des bezeichneten Waldantheils von der Realität x zu gestatten.

Die Vorschrift des § 440 bGb. ist im vorliegenden Falle nicht maassgebend, denn diese setzt nur das Vorzugsrecht unter zwei Erwerbern fest, welche beide die bücherliche Eintragung angesucht haben, entscheidet aber nicht über den Fall, wenn der einen Person, hier dem Kl., die Realität in den Naturalbesitz übergeben wurde, und die andere Person, hier die Gekl., später die bücherliche Eintragung erwirkt hat.

Der OGH. fand das erstr. U. wiederherzustellen. Gründe: Wenn ein unbewegliches Gut an zwei verschiedene Personen verkauft wird, so haben bis zur Einverleibung des Eigentumsrechts des Einen oder des Anderen Beide nur einen persönlichen Anspruch und es erlangt nur derjenige, welcher die Einverleibung seines Eigentumsrechts erwirkt, ein dringliches Recht. Der zweite, wenngleich frühere Käufer wird aber nie Eigentümer und es kann daher der Besitz desjenigen, der mit der Erwirkung der Eigentumseinverleibung zuvorgekommen, nicht als ein unredlicher angesehen werden, weil er nicht eine bereits im Eigentume eines Dritten befindliche Sache an sich gebracht, sondern nur sein persönliches Recht früher in ein dringliches umgewandelt hat. Mit Rücksicht hierauf ist es unentscheidend, ob den Gekl. bekannt war, dass der Kl. die in Frage stehende Parcelle gekauft hatte und war demnach das auf dieser Grundlage beruhende Klagebegehren im Sinne des § 440 bGb. abzuweisen.

131.

Nachbarrecht. Gegenseitige Servitutsrechte der nebeneinander bestehenden und sich gegenseitig stützenden Häuser. Ersatzpflicht des Nachbars für den durch das Hinwegräumen der Stutzen dem anderen zugefügten Schaden. (bGb. §§ 364. 855. 1294. 1305.)

(E. 21. Aug 1888, Z. 8567.)

Die Eigentümer des Hauses Nr. 196, Eheleute A, klagten wider die Eheleute B, Eigentümer des Hauses Nr. 197, und begehrten das Erkenntnis: 1. Die Gekl. haben sich durch die Ausführung des Neubaues des Hauses Nr. 197 in der Art, dass die Last dieses Gebäudes auf die zum Hause der Kl. Nr. 196 gehörige, zwischen den beiden Häusern befindliche Scheidemauer und den anschliessenden Mauervorsprung aufgesetzt wurde, das Recht einer Hausservitut angemasst, die Gekl. seien schuldig, dies anzuerkennen und die Scheidemauer und den Mauervorsprung in den früheren Zustand wieder herzustellen. 2. Die Gekl. sind schuldig, die durch den Neubau an dem Hause der Kl. entstandenen Schäden zu beseitigen, und insbesondere a) zwei Mauersprünge an der Façade und im Laden des Parterregeschosses, b) einen Mauersprung an der Trennungslinie der Häuser oberhalb des Sohlbankgesimses des ersten Stockwerks, c) einem Mauervorsprung im Schlafzimmer des ersten Stockwerks, d) einen Haarriss im Dachbodenzimmer, sowie e) einen Haarriss im Spiritusmagazin und im Vorzimmer des ersten Stockwerks zu beseitigen. 3. Die Gekl. sind schuldig, für die durch die bereits herbeigeführte Schädigung des Hauses der Kl. entstandene Wertverminderung des Hauses den Ersatzbetrag von 2000 fl. zu zahlen. In erster Instanz wurden die Kl. mit dem Klagebegehren abgewiesen. Das OLG. bestätigte das erstr. U. bezüglich des Punkts 1 des Klagebegehrens, ferner bezüglich des allgemeinen Theiles und der lit. e des Punkts 2, endlich bezüglich des Punkts 3 des Klagebegehrens, änderte dagegen das U. bezüglich der lit. a bis d des Punktes 2 des Klagebegehrens ab und erkannte, dass die Gekl. schuldig seien, die durch den Neubau an dem Hause der Kl. entstandenen Schäden, als: zwei Mauersprünge an der Façade und im Laden des Parterregeschosses, einen Mauersprung an der Trennungslinie der Häuser, einen Mauersprung im Schlafzimmer des ersten Stockwerks, einen Haarriss im Dachbodenzimmer, zu beseitigen. Gründe: .... Im Bestande des dermaligen, allein massgebenden Gutachtens der Sachverständigen muss der erste Punkt des Klagebegehrens als unbegründet abgewiesen werden. Was den Mauervorsprung, welcher zum Hause Nr. 196 der Kl. nach deren Angabe gehören soll, anbelangt, so ist diesfalls in dem Bauconsense des Bürgermeisteramtes X vom 19. April 1883 gesagt, dass bei dem Wohnhause des A ein Mauervorsprung bestehen soll, welchen A als sein Eigentum

bezeichnet, dass die Richtigkeit dieser Behauptung erst beim Abtragen des Hauses Nr. 197 wird constatiert werden können, und dass, wenn dies der Fall ist, den Eheleuten B obliegt, die Einwilligung des A zur Ueberbauung des Vorsprungs einzuholen. Die Sachverständigen haben in diesem Rechtsstreite das Vorhandensein des Mauervorsprungs in der im Bauconsense bezeichneten Art festgestellt und erklärt, dass der Vorsprung nur aus einem Theile der Grenzmauer (Scheidemauer) des Hauses der Kl. hervortritt, dass er mit diesem Hause zusammenhängt, dass er als zu diesem Hause gehörig anzusehen ist, und dass die Giebelmauer des Hauses der Gekl. dort lothrecht aufwärts steigt. Es kann ein Zweifel nicht bestehen, dass der Mauervorsprung zum Hause der Kl. gehört, denn derselbe ist in dauernde Verbindung mit dem Hause gebracht, und da die Kl. Besitzer und Eigentümer des Hauses Nr. 196 sind, so sind sie mindestens redliche Besitzer des Zugehörs, somit des Mauervorsprungs, und können schon aus dem Titel des vermuteten Eigentums (§ 372 bGb.) die Klage gegen jeden Anderen, der sich eine Servitut darauf anmassen würde, mit Erfolg anbringen. Der Ausspruch, dass der Mauervorsprung zum Hause Nr. 196 gehört, ist technisch und rechtlich begründet. Dessenungeachtet behaupten die Gekl., dass der Vorsprung ihr Eigentum sei, nicht zum Hause Nr. 196 gehöre, und berufen sich auf die Lage und Begrenzung ihrer Bauparcelle Nr. 207, woraus sie erweisen wollen, dass der Mauervorsprung in ihre Grenze falle, somit ihnen gehören müsse, weil er auf ihrem Grund und Boden erbaut ist, und erklären, dass dies auch von der Grenz- (Scheide-) mauer zu gelten habe. Nun sprechen sich die Sachverständigen allerdings dahin aus, dass die Parcellenprotokolle zur Benützung der Vermessung der Bauparcelle Nr. 207 der Gekl. und Nr. 206 der Kl. verwendet, und dass beim Neubaue der Gekl. eine Grenzüberschreitung nicht stattgefunden habe. Aber abgesehen davon, dass es verfehlt ist, die Flächen nach dem Ausmasse des Parcellenprotokolles zu messen, weil die Protokolle hierüber keinen Beweis bilden und nur die Figur der Grundbuchsmappe einen Anhaltspunkt für die Flächenmasse abgeben könnte, dass daher das Sachverständigengutachten auf unzutreffenden Voraussetzungen beruht, so kann auf den Befund schon darum kein Bedacht genommen werden, weil es sich im vorliegenden Falle um die Ausübung der Hausservitut auf einem im factischen Besitze der Kl. befindlichen Mauervorsprunge handelt, nicht aber um die Entscheidung des Eigentumsrechts nach den Grundsätzen des § 418 bGb. Demungeachtet ist die Anmassung der behaupteten Servitut nicht vorhanden, weil die Sachverständigen erklärten, dass über den Mauervorsprung eine Entlastungsgurte angebracht wurde, durch welche die ganze Last der Giebelmauer der Gekl. abgefangen und von dieser getragen wird. Noch handelt es sich darum, ob die Kl. die Zustimmung zur Herstellung der Entlastungsgurte und deren Verbauung gegeben haben, weil dies eine Bedingung des Bauconsenses war. Auch dies ist durch Zeugenaussagen erwiesen worden. Demzufolge hat A ausdrücklich die Zustimmung hiezu ertheilt; und da dessen Ehegattin Miteigentümerin des Hauses ist, so muss angenommen werden, dass A in ihrem Namen die Zustimmung ertheilt hat; denn er allein hat bei der Baucommission interveniert, er ist der gesetzliche Vertreter und Vermögensverwalter des Vermögens seiner Gattin; und wenn dies auch nicht zuträfe, so würde seine alleinige Zustimmung genügt haben, weil es sich um eine den Miteigentümern gehörige untheilbare Sache handelt, die Zustimmung zu der in Rede stehenden Herstellung nur als eine Verwaltungsmassregel angesehen werden kann und in der blossen Gestattung der Ueberwölbung des Mauervorsprungs eine Rechtsaufgebung, wozu eine besondere Vollmacht notwendig wäre, nicht erblickt werden kann. Eine gleiche Servitutsanmassung soll auch darin liegen, dass die Gekl. die Scheide- (Grenz-) mauer an dem Hause der Kl. mit ihrer Giebelmauer belasteten. Auch diese Behauptung findet ihre Widerlegung in dem Befunde und dem Gutachten der Sachverständigen. — Der zweite Punkt des Klagebegehrens zerfällt in zwei Theile, nämlich in einen allgemeinen auf Beseitigung der durch den Neubau verursachten Schäden überhaupt, und in einen besonderen auf Beseitigung der in lit. a bis e specificierten Schäden. Der allgemeine Theil musste schon aus dem formalen Grunde abgewiesen werden, weil er zu allgemein gehalten, ohne jede bestimmte Angabe die Gekl. zu einer weder in der Art, noch in der Zeit bestimmten Leistung verpflichten und sie geradezu der Willkür der Kl. preisgeben würde, denn solange das klägerische

Haus bestehen würde, müssten die Gekl. für jeden Riss oder Berstung einer Mauer einstehen, ausser sie erweisen in einem neuen Processe, dass der Neubau nicht die veranlassende Ursache sein kann. Der § 8 GO. bestimmt daher, dass der Kl. das Begehren so genau als möglich angebe und nach § 248 GO. muss auch der Spruch klar und verständlich abgefasst sein, weil es sich um dessen künftige Execution handelt. Die Kl. verweisen wohl darauf, dass schon das Bürgermeisteramt laut Protokoll vom 12. Aug. 1883 die infolge des Neubaues entstandenen, im Protokolle bezeichneten Schäden constatiert und die Gekl. verhalten habe, die Schäden zu beseitigen, und dass sie für den Fall weiterer Setzungen und Pressungen, durch welche neue Sprünge entstehen, oder die alten sich vergrössern, den weiteren Schadenersatz vorbehalten haben. A hat aber selbst zugestanden, dass B die bauamtlich erhobenen Schäden bereits gutgemacht habe, daher sich das obige allgemeine Begehren nur auf die weiteren, heute noch unbekannten, noch gar nicht vorhandenen Schäden beziehen kann. Aber selbst angenommen, das allgemeine Begehren wäre insoweit zulässig, als constatiert werden kann, ob durch den Neubau in der Folge Berstungen und Pressungen entstehen können, so wäre dieses Begehren doch aus dem Grunde abzuweisen, weil die Sachverständigen erklärten, nicht constatieren zu können, dass die Mauerwerke des kl. Hauses durch den Neubau fortwährend Berstungen erfahren, und dass dadurch Reparatur- und Erhaltungskosten entstehen, dass vielmehr die Mehrzahl der durch den Neubau entstandenen Sprünge und Risse ihren Grund in der Beschaffenheit des kl. Hauses haben und die Beseitigung der nachweislich durch den Neubau verursachten Sprünge und Risse nicht mehr als beiläufig 100 fl. erfordert. Der allgemeine Theil des Begehrens war daher abzuweisen. Dagegen ist der Anspruch der Kl. auf Beseitigung der in lit. a bis d bestimmt angegebenen Schäden gerechtfertigt und selbst dann, wenn beim Baue des Hauses der Gekl. alle bautechnischen Vorschriften eingehalten worden sind, wenn die Kl. nachzuweisen vermögen, dass die Schäden nur die Folge des Neubaues sind; die Gekl. können sich dann von der Verpflichtung auf Schadenersatz, bez. auf die factische Beseitigung der effectiv eingetretenen Schäden durch Berufung auf § 1305 bGb. nicht befreien. Bezüglich der Schäden lit. a bis d ist das Klagebegehren vollkommen gerechtfertigt, denn schon durch den am 23 April 1885 aufgenommenen Sachverständigenbeweis zum ewigen Gedächtnisse ist festgestellt, dass die Ursache dieser Sprünge und Risse in der Aushebung der Keller und des Fundaments der Giebelmauer des Neubaues und darin zu suchen ist, dass durch das Abreissen des alten Hauses der Gekl. die Giebelmauer des Hauses der Kl. ihre frühere, durch den alten Bau gebotene Spannung mehr oder weniger verlor, die sich selbst durch die sorgfältigste Pölzung nicht mehr erreichen lässt; und durch den im jetzigen Processe abgeführten Sachverständigenbeweis ist festgestellt, dass diese Schäden thatsächlich durch Pressungen der blos aus Lehmmauer hergestellten Stirnwand des Hauses der Kl. bewirkt werden konnten, dass die Fundamente dieses Hauses durchgehends nur aus Lehmmörtel hergestellt sind, welcher leicht Verschiebungen eintreten lässt; doch schliessen sie jede weitere Senkung des Hauses aus. Wenn also auch beim Neubaue alle bautechnischen Vorsichten beobachtet worden wären, so ist doch erwiesen, dass der Neubau an diesen Beschädigungen des kl. Hauses Schuld trage, selbst wenn dies unwillkürlich geschehen wäre. Dahin war dem Klagebegehren stattzugeben. Dagegen ist das Begehren Punkt 2 lit. e auf Beseitigung des Haarrisses im Spiritusmagazine und im Vorzimmer des ersten Stockwerks abzuweisen, weil die Sachverständigen mit Bestimmtheit sich dahin nicht aussprechen konnten, dass diese Schäden durch den Neubau verursacht worden sind. Gänzlich unbegründet und von den Kl. ohne nähere Begründung erhoben ist der Anspruch des dritten Punktes des Klagebegehrens: Ersatz der Wertverminderung für die bereits herbeigeführte Schädigung des kl. Hauses im Betrage von 2000 fl. Ein Ersatz kann, soweit er die bereits herbeigeführten Schäden betrifft, schon deshalb nicht gefordert werden, weil die Gekl. verhalten wurden, die wirklich verursachten Schäden zu beseitigen; insoferne aber das Begehren dahin zielt, dass bei einem künftigen Verkaufe für das Haus Nr. 196 infolge dieser Schäden um den Betrag von 2000 fl. weniger gelöst werden wird, so fehlt es, ganz abgesehen von dem absprechenden Gutachten der

Sachverständigen, an jeder näheren Angabe von Seite der Kl. zur Beurtheilung dieses Anspruchs.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Die Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) liegen nicht vor, da in den untergerichtlichen Aussprüchen eine offenbare Ungerechtigkeit nicht zu erkennen ist; somit war die a. o. Revisionsbeschwerde der Kl. abzuweisen. Die o. Revisionsbeschwerde der Gekl. ist nicht begründet. Allerdings hat derjenige, der von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, den für einen Anderen daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten; allein die Gekl. übersehen ein vorhandenes Rechtsverhältnis, welches eben sie im unbeschränkten Gebrauche ihres Eigentumsrechts behindert. Die beiden Nachbarhäuser der Kl. und der Gekl. standen, wie beiderseits zugegeben wird, mehrere Jahre nebeneinander, die Erdschichten und Fundamente, auf denen beide Häuser aufgebaut waren, stützten sich wechselseitig, was, insoweit es sich um die Stütze für das kl. Haus handelt, noch insbesondere aus dem Gutachten der Sachverständigen hervorgeht; der Grund und Boden eines Hauses diente dem anderen Hause, diese Sachlage war eine jedermann und auch den Parteien erkennbare. Es ist somit die Folgerung eine berechtigte, dass stillschweigend und wechselseitig Dienstbarkeiten begründet wurden, vermöge deren der Grund und Boden eines Nachbars als Stütze für die Last des Gebäudes des anderen Nachbars diente. Diese Sachlage bewirkt für den ein neues Gebäude an Stelle des alten Gebäudes Bauenden die Verpflichtung, jeden durch Hinwegräumung der Stütze dem Nachbar zugefügten Nachtheil zu ersetzen, auch wenn beim Baue alle fachmännischen Vorsichten beobachtet worden wären. Der analog anzuwendende Schlussatz des § 855, dann die Bestimmung des § 364 bGb. rechtfertigen es somit, wenn der dem Kl. durch durch den Bau der Gekl. zugefügte Nachtheil als eine widerrechtliche Beschädigung derselben im Sinne des § 1294 bGb. bezeichnet wird, woraus die Ersatzpflicht folgt.

132.

Oertliche Gebundenheit der Feld- und Hausservituten innerhalb des dienenden Guts: Wegfall derselben von jenen Trennstücken des letzteren, auf welche deren Ausübung nicht hinübergreift.

(E. 3. Jän. 1889, Z. 15047.)

Beim Abverkauf des Hauses Nr. 432 von dem Gute x, zu welchem ausserdem noch das Haus Nr. 431 und die Grundparcellen Nr. 216 und 219 gehörten, wurden für das Haus Nr. 432 die Servitut des Fussteigs auf dem am Saume der Parcelle 219 längs des Bachs befindlichen Wege und die Servitut des Fensterrechts gegen den Hofraum des Hauses Nr. 431 bestellt und im Lastenstande des Guts x einverleibt. Später wurden vom letzteren mehrere Stücke abgetrennt und jene Servituten auch in die Einlagen der Trennstücke übertragen. Die Eigentümer der letzteren klagten nun gegen den Besitzer des Hauses Nr. 432 auf Löschung der ihre Grundstücke nicht berührenden und doch gemäss § 1 des Ges. v. 6. Febr. 1869 (RGB. 18) in den Lastenstand derselben übertragenen Servituten. Der Klage wurde vom OLG. nur zum Theile, vom OGH. dagegen in Bestätigung des erstr. U. zur Gänze stattgegeben. Gründe: Die Gekl. hat zur Begründung ihrer a. o. Revisionsbeschwerde nichts vorgebracht, was nicht schon in den unterger. Entscheidungsgründen gewürdigt worden wäre. Es bedarf daher insbesondere nicht mehr einer eingehenden Erörterung darüber, dass die bücherliche Eintragung einer Dienstbarkeit deren Inhalt und Umfang nicht zu ändern vermag. Eine solche Eintragung, welche nur die eingeräumte Dienstbarkeit sicherzustellen bestimmt ist, kann demnach denjenigen Theil des Grundbesitzes des Verpflichteten, welcher ausserhalb des Bereichs der Wirkungen der eingetragenen Dienstbarkeit liegt, nicht berühren und sonach auch weder den Besitzer an der freien Verfügung über diesen Theil seines Grundbesitzes hindern, noch auch die dritten Erwerber solcher Besitztheile belasten. Für die Entscheidung dieses Streits ist daher nur erforderlich, zu untersuchen, ob die in dem Vertrage vom 16. Jän. 1870 bestellten Dienstbarkeiten auf den Grundstücken, welche die den Gegenstand des Streits bildenden Grundbuchskörper ausmachen, ausgeübt werden

können. Ergiebt es sich, dass von den Eigentümern dieser Grundbuchskörper eine den Inhalt der in Frage stehenden Dienstbarkeiten entsprechende Duldung nicht gefordert werden kann, so ist es offenbar, dass die aus Anlass einer bücherlichen Abschreibung der diese Grundbuchskörper bildenden Liegenschaften vorgenommene Uebertragung der Eintragung der erwähnten Dienstbarkeiten einer rechtlichen Grundlage entbehrt und dass der Widerstand, welchen die Gekl. dem Begehren der Löschung dieser Eintragung entgegenstellt, als ein widerrechtlicher bezeichnet werden muss. In Beziehung auf das den Gekl. zustehende Fensterrecht lässt weder der Wortlaut des im Gutsbestandblatte der Einlage x enthaltenen Eintragung, noch der Wortlaut des Vertrags vom 16. Jän. 1870 irgend einen Zweifel darüber zu, dass das Recht, Licht und Luft zu beziehen, nur in Ansehung des Hofraums des Hauses Nr. 431 ausgeübt werden kann. Es liegt aber klar vor, dass die in der Grundbuchseinlage y und z enthaltenen Liegenschaften nicht zum Hofraum des Hauses 431 gerechnet werden können. Hinsichtlich des als Dienstbarkeit des Fussteigs besprochenen Rechts ist zunächst hervorzuheben, dass schon der Wortlaut der im Gutsbestandblatte der früher erwähnten Einlage enthaltenen Eintragung genügt, um zu erkennen, dass es sich hiebei nur um die Benützung eines schon vorhandenen, längs des Mühlgrabens laufenden Fussteigs handelte. Aus den Situationsplänen erhellt, dass die im Vertrage erwähnte Parcelle 219 gar nicht bis an den Mühlgraben reicht und dass zwischen dem Mühlgraben und der Parcelle 219 noch die Parcelle 415 lag. Diese Parcelle (nunmehr 415/1) gehörte zweifellos gar nicht den Parteien, die den Vertrag vom Jahre 1870 schlossen, diente aber als der im Vertrage erwähnte Fussteig. Wenn man auch annehmen wollte, dass die Parteien sich den Bestand dieser als Fussteig dienenden Parcelle 415 gegenwärtig hielten und dass sie im Vertrage nicht vom Gehen am Saum der Parcelle 219, sondern vom Gehen über den Saum der Parcelle 219 reden wollten, so könnte man doch nur zu dem Schlusse gelangen, dass nur der äusserste, an die Parcelle 415/1 angrenzende Rand der ehemaligen Parcelle 219 insoweit in Anspruch genommen werden dürfe, als er thatsächlich einen Bestandtheil des schon im Jahre 1870 vorhanden gewesenen Fussteigs bildet. Für die Annahme, dass durch den Vertrag die Berechtigung eingeräumt werden sollte, über die ehemalige Parcelle 219 in beliebiger Richtung zu gehen, fehlt es an jedem Anhaltspunkte. Einer solchen Berechtigung, die die Gekl. gar nicht in Anspruch nimmt, bedürfte es aber, um alle Grundtheile, welche im Jahre 1870 zur Parcelle 219 gehörten, als mit der fraglichen Eintragung der Dienstbarkeit des Fussteigs belastet erklären zu können. Da nun diejenigen Bestandtheile der ehemaligen Parcelle 219, welche sonst in den Grundbuchseinlagen y und z enthalten sind, augenscheinlich nicht zu dem an die Parcelle 415/1 angrenzenden Rande oder Saume der ehemaligen Parcelle 219 gehören, da sich dies noch viel weniger von den übrigen Bestandtheilen der eben erwähnten Grundbuchseinlagen sagen lässt und bei dem Umstande, als es sich nur um die Benützung eines schon im Jahre 1870 bestandenen Fusswegs handelt, eine gemäss § 495 bGb. vorzunehmende Bemessung des erforderlichen Raums gar nicht in Frage kommen kann, so erhellt, dass es den Gekl. nicht nur an jedem Grunde fehlt, die Anwendung des Hofd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2592) für sich in Anspruch zu nehmen, sondern dass die Beschwerde des Kl. gegen die in zweiter Instanz erfolgte theilweise Abweisung seines Begehrens sich als begründet darstellt.

133.

Recht der Zurückbehaltung des Kaufschillingsrests von einer Liegenschaft bis zu der vom Verkäufer vertragsmässig übernommenen Löschung der hierauf haftenden Lasten. [1]

(E. 17. Jän. 1889, Z. 402. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgbl. 426.)

A hatte einen Theil seiner Realität dem B um den Preis per 725 fl. verkauft, von welchem der Theilbetrag per 325 fl. sofort erlegt wurde. Die Zahlung des Kaufschillingsrests von 400 fl. wurde auf spätere Zeit verschoben und der

[1] Vgl. Geller Das allgemeine Rotentionsrecht, in dieser Zeitschr. Bd. I S. 8 ff.

Verkäufer verpflichtete sich, das fragliche Grundstück von allen auf demselben haftenden bücherlichen Lasten auf eigene Kosten zu reinigen. Laut Abs. 2 des Vertrags trat A seine Forderung per 400 fl. an den C ab, welcher sich darüber vom Käufer B einen am 1. Mai 1887 fälligen Wechsel ausstellen liess. Da der Wechsel am Verfallstage nicht gezahlt wurde, erwirkte C gegen den B den Zahlungsauftrag, wogegen letzterer unter anderem auch die Einwendung erhob, dass die Klage auf Zahlung des Kaufschillingsrests per 400 fl. verfrüht sei, weil A seiner Verpflichtung, das verkaufte Grundstück von den darauf haftenden bücherlichen Lasten zu reinigen, noch nicht nachgekommen war. Der 1. R. gab dieser Einwendung statt und wies die Klage für dermalen ab. Das OLG. hielt den Zahlungsauftrag, unter Abweisung der dagegen erhobenen Einwendung der Vorzeitigkeit, aufrecht, weil sich Gekl. laut Kaufvertrags v. 31. Oct. 1886, auf welchen sich derselbe beruft, bedingungslos verpflichtet hat, den von A dem C abgetretenen Kaufpreisrest per 400 fl. dem Letzteren am 1. Mai 1887 zu bezahlen; weil sich Gekl. nicht ausbedungen hat, dass alle auf dem gekauften Grunde bücherlich haftenden Lasten vor dieser Zahlungsleistung vom Verkäufer auf eigene Kosten gelöscht werden müssen; weil vielmehr diese Verbindlichkeit in einem späteren Absatze des bezüglichen Vertrags unabhängig von dem vorhergehenden, die Cession der Forderung betreffenden Artikel und nur dem Verkäufer allein auferlegt ist, obwohl zu jener Zeit der Kaufschillingsrest per 400 fl. bereits dem C mit Wissen des Gekl. abgetreten war; weil daher aus diesem Vertrage nicht das Recht des Gekl. abgeleitet werden kann, trotz abgelaufener, ohne eine Bedingung bestimmter Zahlungsfrist, die Zahlung dieses Betrags wegen Nichterfüllung der Depurationspflicht seitens des A zurückzuhalten; und weil auf die vom Gekl. erst in der Duplik vorgebrachte Einwendung, dass C nicht nur vor dem Vertrage, sondern auch nach der Unterschrift der einzelnen Urkunden den Käufern gegenüber ausdrücklich erklärt haben soll, er hafte persönlich dafür, dass die Depuration durch ihn selbst durchgeführt werde, nach § 7 der MVdg. vom 25. Jän. 1850 (RGB. 52) überhaupt weiter keine Rücksicht genommen werden kann.

Der OGH. fand das erstr. U. aus nachstehenden Gründen wiederherzustellen: Die Rechtsfrage, ob der Käufer einer unbeweglichen Sache wegen Nichterfüllung der vom Verkäufer übernommenen Depurationsverbindlichkeit zur Zurückhaltung des schuldigen Kaufschillingsrests berechtigt sei, ist zu bejahen. Die Vertragsurkunde enthält zwar nicht die Vereinbarung der Parteien, dass der Käufer zu jener Zurückhaltung berechtigt sein solle, setzt vielmehr fest, dass der Kaufschillingsrest zu einer bestimmten Zeit zu zahlen ist, während für die Durchführung der Depuration eine bestimmte Zeit nicht festgesetzt worden ist. Diese Zeitbestimmung bei der ersten Leistung, bez. die Unterlassung derselben bei der Gegenleistung ist aber für den vorliegenden Streit belanglos, da — wie schon der 1. R. richtig ausgeführt hat — der bestimmte Zahlungstag lediglich bezweckt, dass der Verkäufer selbst nach etwa bereits durchgeführter Depurierung den Kaufpreisrest erst an dem bestimmten späteren Tage anzusprechen berechtigt sein solle, während die Unterlassung der Bestimmung einer Frist zur Depurierung diese Verbindlichkeit nicht etwa auf unbestimmte Zeit hinausschiebt, sondern nach dem sondern nach dem Grundsatze des § 904 bGb. bewirkt, dass die Erfüllung „ohne unnötigen Aufschub“ gefordert werden kann. Aus dieser Abweichung der Erfüllungszeit in der Vertragsurkunde kann daher ein Grund nicht abgeleitet werden, um die oben erwähnte Rechtsfrage im verneinenden Sinne zu beantworten. In der Natur eines zweiseitigen Vertrags liegt es, dass — wenn entgegenstehende Verabredungen nicht bestehen — die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug ausgetauscht werden. Diesen Grundsatz anerkennen insbesondere die §§ 1052 und 1062 bGb. Fordert daher der Verkäufer den Kaufpreis, so soll er nachweisen, dass auch er seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist. Allerdings sprechen die citierten Gesetzesstellen von der „Uebergabe der Sache“ und könnte hieraus gefolgert werden, dass nach erfolgter Uebergabe der Sache die Grundsätze der §§ 1052 und 1062 nicht mehr zur Geltung gelangen können. Allein es darf nicht übersehen werden, dass das Gesetz sowohl bewegliche, als auch unbewegliche Sachen vor Augen hat, und dass bei beweglichen Sachen mit der Uebergabe derselben allerdings alles (der Regel nach) seitens des Verkäufers erfüllt ist, während kraft des Instituts der Grundbücher der die unbewegliche Sache übernehmende

Käufer infolge gesetzlicher Bestimmung auch die grundbücherlich haftenden Lasten der Sache mitübernehmen muss, so dass der Wert der gekauften unbeweglichen Sache leicht von der Summe der Lasten überstiegen wird. In Wirklichkeit übergiebt daher der Verkäufer einer unbeweglichen Sache, wenn er auch dem Käufer den Besitz einräumt, nich das Wertobject, das Aequivalent des Kaufpreises, vielmehr erhält der Käufer das Aequivalent des Kaufpreises erst dann, wenn die unbewegliche Sache von den (nicht übernommenen) Lasten befreit wird. Es würde daher dem Wesen eines zweiseitigen Vertrags nicht entsprechen, dass ein Vertragstheil das, was er an Vermögenswert erwerben will, nicht erhalte, dennoch aber und zwar sofort diesen Vermögenswert dem anderen Vertragstheile leiste. Diesemnach war das diesen Grundsätzen entsprechende U. des 1. R. aufrecht zu erhalten und dies umsomehr, als der Kl. selbst in der Replik und in der Appellation diese Rechtsansicht festhält und nur deren Anwendungen auf ihn aus anderen Gründen bestreitet. Da schliesslich bereits in den Einwendungen das Zurückbehaltungsrechts des Gekl., also rechtzeitig, geltend gemacht worden war, ist die Hinweisung des OLG. auf die Verspätung der mit jener Einwendung zusammenhängenden Thatsache, dass C selbst für die Depuration sich verbürgt hsbe, nicht begründet.

134.

1. Maassgebende Gesichtspunkte bei der Bestimmung der Zahlungszeit und der Raten einer in „mässigen Raten“ zu entrichtenden Schuld. — 2. Theilung der Processkosten bei theilweisem Obsiegen.

(E. 13. Febr. 1889, Z. 147.)

In dem Uebergabsvertrage vom 20. Febr. 1881 hatte A dem Uebernehmer B aufgetragen, der Enkelin C, wenn selbe grossjährig geworden, 400 fl. in „mässigen Raten“ auszuzahlen. Unter anderem war auch bestimmt, dass B der D, Tochter des A, 800 fl. in Jahresraten à 50 fl. auszuzahlen habe. Ausserdem hatte B der C und der D auch je eine Kuh, eine Kleidertruhe und vollständiges Bettgewand auszufolgen. Nach erlangter Grossjährigkeit belangte die C den B, welcher früher im Vergleichswege der D gegenüber sich verpflichtet hatte, derselben eine Kuh im Werte von 60 fl., eine Kleidertruhe per 6 fl. und Bettgewand per 20 fl. zu leisten — auf Zahlung von 400 fl., Ausfolgung einer Kuh im Werte von 60 fl.. einer Truhe per 6 fl. und des Bettgewands per 20 fl. binnen 14 Tagen. — In der Replik restringierte sie über Einwendung des B ihr Klagebegehren rücksichtlich der 400 fl. auf Zahlung in 4 Jahresraten à 100 fl. — Der 1. R. verurtheilte den B zur Zahlung der 400 fl. in 8 Jahresraten à 50 fl. und zur Uebergabe einer Kuh per 30 fl., einer Kleidertruhe und des Bettgewands per 13 fl. 50 kr.. wobei er insbesondere hervorhob, dass, indem A seiner Tochter D 800 fl. in Jahresraten per 50 fl. zahlbar anwies, er dadurch seinen Willen auch für die C kundgab, und dass A wohl seine Tochter vor der Enkelin bevorzugt wissen wollte, weiters dass für die Bestimmung der Raten der Vermögensstand und die Verhältnisse des Gekl. B zur Zeit der Vermögensübernahme nicht aber der Klage maassgebend sei. Die Kosten wurden gegenseitig aufgehoben.

Das OLG. bestätigte hinsichtlich der Effecten das erstr. U., im Punkte der Zahlung des Betrags per 400 fl. änderte es dasselbe ab und erkannte auf Jahresraten per 100 fl. und sprach der Kl. drei Viertel der Kosten zu. Gründe: Nachdem der Gekl. im Sinne des 6. Absatzes des Uebergabsvertrags vom 20. Febr. 1881 den Entfertigungsbetrag per 400 fl. an die Kl. in „mässigen Raten“ zu bezahlen hat, kommt in analoger Anwendung der gesetzlichen Bestimmung des § 904 bGb. die Erfüllungszeit und der Ratenbetrag vom Richter nach Billigkeit festzustellen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass für die diesfällige Beurtheilung nur der Vermögensstand des Gekl. zur Zeit des gestellten Klagsanspruchs, nicht aber jener zur Zeit der Vertragserrichtung maassgebend sein kann, da die Erfüllung der Verbindlichkeit eben erst im gegenwärtigen Zeitpunkte eintreten soll, daher auch nur die derzeitigen Billigkeitsmomente ins Gewicht fallen. Wird nun erwogen, dass der Gekl. zugestandenermassen ein für bäuerliche Verhältnisse nicht unbedeutendes Vermögen besitzt, dass er seit der Uebernahme des Vermögens schon einen Theil der Schuldenlast abgestossen hat, dass ihm ferner auch seine

Ehegattin eine Mitgift mitbrachte, dass endlich eine billige Berücksichtigung nicht blos der Verhältnisse des Gekl., sondern auch jener der Klagsseite einzutreten hat, und eine Ausdehnung der Ratenzahlungen auf 8 Jahre offenbar die Interessen der Kl. zu sehr beeinträchtigen würde und wird schliesslich erwogen, dass der Gekl. duplicando sich selbst zur Zahlung von Jahresraten per 100 fl. allerdings nur für den Fall seiner Loszählung vom Kostenersatze erboten, hiedurch aber eben die Möglichkeit der Prästierung in diesen Terminen zugegeben hat, so erscheint der Schluss berechtigt, dass durch die vom 1. R. erfolgte Feststellung der Jahresraten mit 50 fl. der Billigkeit zu Gunsten des Gekl. offenbar in zu weitgehender Weise Rechnung getragen wurde. Es musste daher das erstr. U. reformiert werden, dahin, dass die Jahresraten auf 100 fl. erhöht werden. Diese Abänderung muss demnach auch eine Reformation des erstr. U. im Kostenpunkte zur Folge haben, welches sich nach dem Erkenntnisse desselben in der Hauptsache nicht als gerechtfertigt darstellt, und wird Gekl. bei dem Umstande, als das Klagebegehren, wie solches ursprünglich gestellt wurde, sich nur in dem Punkte der begehrten Zahlung des ganzen Betrags innerhalb einer 14tägigen Frist als verfehlt darstellte, im übrigen aber die Kl. obsiegend verblieb im Sinne des § 25 u. 26 des Ges. vom 16. Mai 1874 (RGB. 69), in den Ersatz von drei Viertel der Processkosten der Kl., sowie in die Tragung der Appellationskosten zur Gänze verfällt, da dieses Rechtsmittel für die Kl. von vollem Erfolge war.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. unter Hinweisung auf die zutreffenden Entscheidungsgründe, welchen in Betreff der Gerichtskosten erster Instanz nur noch beigefügt wird, dass die Kl. ihr Begehren sofort in der Replik auf Zahlung des eingekl. Betrags in jährlichen Raten per 100 fl. restringiert, der Gekl. auch zur Zahlung dieser Raten, jedoch nur compensatis expensis sich bereit erklärt hat, dass aber die Kl. zur Anstrengung der vorliegenden Klage genötigt war, da nach ihrer vom Gekl. unwidersprochen belassenen Behauptung in der Schlussrede der Gekl. der Kl. aussergerichtlich keinerlei noch so geringfügige Zahlung leisten wollte, dass die Kl. von dem Gekl. eine solche Kuh angesprochen hat, wie der Gekl. der D auf Grund des Vergleichs eingestandenermaassen zu geben versprochen hat, — die Kl. daher nicht annehmen konnte, dass die Sachverständigen die ihr aus demselben Vertrage gebührende Kuh nur auf 30 fl. bewerten werden, dass daher der sachfällige Gekl. keinen Grund hat, sich dagegen zu beschweren, dass ihm drei Viertel der klägerischen Gerichtskosten erster Instanz zum Ersatz auferlegt wurden.

T. Ei.

135.

Wirkung der siegreichen Anfechtung einer Hypothekbestellung den Nachhypothekaren gegenüber.

Vgl. unten S. 275, dann Bd. VI. S. 377.

(E. 2. Oct. 1888, Z. 11651.)

A, ein Hypothekar an 7. Stelle, hatte das an 4. Stelle einverleibte Pfandrecht des B erfolgreich angefochten. Bei der Meistgebotvertheilung entstand nun die Frage, ob die Quote des Meistgebots, mit welcher B zu betheiligen gewesen wäre, dem A oder den Zwischenhypothekaren C und D zuzuweisen sei. In allen Instanzen wurde im letzteren Sinne entschieden, vom OGH., weil sich aus dem Urtheile, welches die relative Ungiltigkeit eines Pfandrechts ausspricht, für denjenigen, auf dessen Begehren die Erklärung der Ungiltigkeit des Pfandrechts erfolgt ist, die Berechtigung zum Eintritte in die Priorität des für ungiltig erklärten Pfandrechts zweifellos nicht ableiten lässt; weil die erfolgte Ungiltigkeitserklärung dem Beschwerdeführer nicht das Recht einräumen konnte, vor seinen Vormännern, deren Satzposten unangefochten blieben, befriedigt zu werden; weil die Relativität der Ungiltigkeitserklärung ihre besondere, das angefochtene Pfandrecht aufrechthaltende Wirkung nur gegenüber den Nachmännern des obsiegenden Anfechtungsklägers, keineswegs aber gegenüber dessen Vormännern zu äussern vermag und weil es demgemäss an den Voraussetzungen des Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS. 2596) augenscheinlich fehlt.

Bemerkung der Redaction.

Die hier entschiedene Frage ist von grosser principieller Wichtigkeit. Die E. aber ist als eine rechtsirrtümliche zu bezeichnen. Sie verkennt vollständig die

dem Zwecke der Anfechtung entsprechende rechtliche Natur der relativen Unwirksamerklärung der angefochtenen Rechtshandlung. „Ausserhalb des Concursverfahrens," bestimmt § 28 AG., „können Rechtshandlungen ... zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers angefochten und diesem gegenüber als unwirksam erklärt werden." Deutlicher kann wohl die Absicht nicht ausgedrückt werden, dass der Erfolg der Anfechtung lediglich dem Anfechtenden und niemand anderem zugute kommen soll. Dazu räumt § 38 dem Anfechtungsgegner die facultas alternativa ein, durch Befriedigung des Anfechtungsklägers den Anfechtungsanspruch zu beseitigen. Nun soll der Erfolg der Anfechtung einer Hypothekbestellung nicht dem Anfechtenden, sondern seinen Vorhypothekaren bez. den anderen Nachhypothekaren des Anfechtungsgegners zugute kommen? Das würde ja den Ausspruch einer absoluten Nichtigkeit, nicht der lediglich relativen Unwirksamkeit der angefochtenen Hypothek voraussetzen. Der OGH. meint allerdings, dass „die Relativität der Ungiltigerklärung (soll heissen Unwirksamerklärung) ihre besondere ... Wirkung nur gegenüber den Nachmännern des Anfechtungsklägers, keineswegs aber gegenüber dessen Vormännern zu äussern vermag". Dies enthält indessen eine petitio principii und ist in sich widersprechend. Wenn die Unwirksamerklärung einer Hypothek den Vormännern des Anfechtenden zugute kommen kann, warum soll sie nicht auch seinen Nachmännern zugute kommen können? In der Wirklichkeit ist und bleibt die Hypothek aller Welt gegenüber wirksam; nur für den Anfechtenden erweitert sich infolge der ihm allein gegenüber ausgesprochenen Unwirksamkeit das Vermögen des Schuldners um die auf den Anfechtungsgegner entfallende Quote des Meistgebots, welche sohin der Anfechtende als in das Vermögen des Schuldners zurückgefallen zum Gegenstand seines Zugriffs macht. Dies ist denn auch in der deutschen Literatur die communis opinio; vgl. Förster (Eccius) Theorie und Praxis (4. Aufl.) I S. 617, Wilmowski Deutsche RConcO. (3. Aufl.) S. 125, 510 fg., Sarwey RConcO. ad § 22 Nr. 2, Jäckel Anfechtung (2. Aufl.) S. 175, Fitting RConcursrecht (2. Aufl.) § 17², Mandry Civilr. Inh. der Reichsges. (2. Aufl.) S. 476. Petersen und Kleinfeller RConcO. (2. Aufl.) S. 101. A. M. nur Cosack Anfechtungsr. S. 349 fg. Vgl. dagegen das vorzüglich begründete Erk. des Deutschen RG. v. 5. Dec. 1887 in dieser Zeitschr. Bd. VI S. 377 fg. sowie das unten S. 275 mitgetheilte Erk. v. 23. Jän. 1889. Von den Bearbeitern des österreichischen Anfechtungsrechts ist diese Frage speciell nicht berührt; aber die Ausführungen bei Steinbach Commentar S. 15 ff., 101, 155 fg., Menzel Anfechtungsrecht S. 10, 247 fg., Krasnopolski Anfechtungsrecht S. 13, 82, fg., 136 fg. lassen keinen Zweifel darüber, dass auch sie der hier verfochtenen Anschauung sind. Dieselbe wird auch vertreten von Nowak in der GZ. 1889 Nr. 6, bekämpft dagegen von Gertscher und Kliment ibid. Nr. 10 und neuerlich vertheidigt von Nowak ibid. Nr. 13.

136.

Anfangspunkt der Frist für die Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs.

(E. 26. Febr. 1889, Z. 2177, — I. Sen. — Beil. z. JMVdgsbl. 430.)

Mit Klage vom 6. Sept. 1885 verlangt Kl., Inhaberin eines Reitinstituts in Breslau, auf Grund des § 933 bGb. die Aufhebung des am 10. März 1885 in Wien mit dem Gekl. abgeschlossenen Vertrags, weil das vom letzteren verkaufte und am Tage der Vertragsabschliessung dem Vertreter der Kl. auch übergebene Pferd laut des Ergebnisses der über Gesuch der Kl. vom 28. Mai 1885 am 5. August 1885 durchgeführten Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse schon zur Zeit des Verkaufs mit einem andauernden Fehler behaftet war, welcher dessen regelmässigen ordentlichen Gebrauch im Berufe der Käuferin verhindert. Gekl. wendet die Erlöschung des Rechts auf Gewährleistung durch Ablauf der gesetzlichen Frist, d. i. die uneigentliche Verjährung des Klageanspruchs ein. In den Vorinstanzen wurde die Klage wegen eingetretener Verjährung abgewiesen, vom OLG. mit folgender Begründung: Nach § 933 bGb. muss, wer Gewährleistung fordern will, sein Recht, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen sechs Monaten geltend machen, sonst ist das Recht erloschen. Es sind sohin folgende Fragen zu

untersuchen: 1. Wann beginnt die Verjährung zu laufen? 2. Wie ist die Verjährungsfrist zu berechnen? und 3. Wurde im vorliegenden Falle die Gewährleistungsklage vor oder nach Ablauf der Verjährungsfrist überreicht? Ad 1. Nachdem es sich um eine angesprochene Gewährleistung wegen Mängel der gekauften Sache handelt, entfällt die Untersuchung in Ansehung anderer Gewährleistungsfälle und ist vor allem zu erwägen, ob die Kenntnis der Mängel seitens des Käufers für den Beginn der Verjährungsfrist maassgebend ist und ob eine Analogie mit § 1489 bGb. vorliegt. Dies muss verneint werden. Die Entschädigungsklage hat ihren Rechtsgrund in einem Delicte, einem Verschulden des Beschädigers. Damit aber der Beschädigte die Haftung des Beschädigers in Anspruch nehmen könne, ist es notwendig, dass ihm der ihm zugefügte Schade bekannt geworden sei; die Gewährleistungsklage ist aber eine Contractsklage, die Pflicht zur Gewährleistung trifft auch den schuldlosen Verkäufer und ist von der Kenntnis des Käufers nicht abhängig. Die Verjährung beginnt daher mit dem Zeitpunkte, als die objective Möglichkeit der Anstellung der Gewährleistungsklage gegeben ist. Diese Möglichkeit ist mit dem Momente der Uebergabe der fehlerhaften Sache gegeben, von diesem Zeitpunkte beginnt der Lauf der Verjährung. Ad 2. Bei gesetzlichen Zeitbestimmungen, also auch bei Verjährungsfristen, werden 30 Tage für einen Monat gehalten (§ 902 bGb.). Die Verjährungsfrist des § 933 bGb. beträgt somit 180 Tage. Bei der Civilcomputation des § 902 bGb. geschieht die Berechnung eines Zeitraums nach ganzen Kalendertagen, der Tag wird als ganzer in Betracht gezogen und, wenn an einem Kalendertage jenes Ereignis eintritt, von welchem der Beginn der Verjährung angenommen wird, so ist dieser Tag in die Verjährungsfrist ebenso mitzuzählen, als der Geburtstag in die Lebenszeit eines Menschen. Ebenso wie ein Recht, dessen Erwerbung an einen gewissen Tag gebunden ist, mit dem Anfange des Tags erworben wird (§ 903 bGb.), beginnt die Frist, durch deren Ablauf ein Recht verloren geht, mit jenem Tage, an welchem das Ereignis eintritt, von welchem der Beginn der Frist abhängt. Nachdem processuale Fristen nicht die mindeste Analogie bieten, ist kein gesetzlicher Grund vorhanden, anzunehmen, dass die Verjährungsfrist des § 933 bGb. erst am Tage nach der Uebergabe beginnt, umsoweniger, als im § 925 bGb. die Fristen, welche übrigens keine Verjährungsfristen sind, ausdrücklich nach der Uebernahme berechnet werden. Es ist dafür der Tag der Uebergabe in die Verjährungsfrist des § 933 bGb. einzurechnen. Ad 3. Nachdem unwidersprochenermassen das Pferd, in Ansehung dessen die Gewährleistung begehrt wird, am 10. März 1885 dem Bevollmächtigten der Kl. übergeben wurde, begann die Verjährungsfrist an diesem Tage, endete mit dem 180. Tage am 5. Sept. 1885, war daher am 6. Sept. 1885, an welchem die Klage überreicht wurde, der Gewährleistungsanspruch verjährt.

Der OGH. erkannte nach dem Klagebegehren und wies die Einwendung der Verjährung ab. Gründe: Von einer Verjährung im eigentlichen Sinne des Wortes kann hier nicht die Rede sein, da es sich im vorliegenden Falle nur um die Anwendung des § 933 bGb. handeln kann. Die kurzen Klagefristen des § 933, sowie der §§ 967, 982, 1097, 1111 bGb. und des Art. 349 Hgb. unterscheiden sich in mehrfacher Beziehung von den Verjährungsfristen. Hier ist insbesondere auf den Unterschied hinzuweisen, welcher die Voraussetzungen des Beginns der Fristen betrifft. Der Beginn der erwähnten kurzen Klagefristen fällt keineswegs mit dem Entstehen des durch eine Klage zu schützenden Anspruchs zusammen, sondern richtet sich nach besonderen Umständen, welche vom Gesetze aus Zweckmässigkeitsgründen mit Rücksicht auf die beabsichtigte Nötigung zur Klageführung bestimmt worden sind. In Beziehung auf die Fristen des § 933 bGb. lässt sich, soweit physische Mängel in Frage kommen, aus naheliegenden Gründen, welche im Art. 349 Hgb. ihre ausdrückliche Anerkennung gefunden haben, als der für den Beginn der Fristen maassgebende Umstand nur die Uebergabe der verkauften Sache ansehen. Nicht der Erwerb des obligatorischen Anspruchs, welcher in der Regel der Uebergabe vorangeht, kommt also hier in Betracht, sondern die Rücksicht auf das augenfällige legislative Motiv, dass der durch die Uebergabe ermöglichte Gebrauch bald zur Entdeckung etwaiger Mängel führen muss und dass es eine zur ordentlichen Wirtschaftsführung gehörige Obliegenheit sei, mit der Erprobung einer erkauften Sache nicht zu zögern. Da im § 933 bGb. die Grundlage für den Erwerb eines Rechts durchaus nicht zu finden ist, so lässt



sich auch von dem ersten Satze des § 903 bGb. ein Gebrauch für die Beurtheilung der Fristen des § 933 bGb. keineswegs machen. Das in der Nötigung zu einem Handeln liegende Wesen dieser Bestimmung muss vielmehr zu der Erwägung leiten, dass die für dieses Handeln zugesicherte Frist, die jedenfalls nur nach ganzen Tagen gerechnet werden kann, unverkürzt zustehen müsse: gekürzt würde sie aber jedenfalls, wenn der Tag der Uebergabe in dieselbe eingerechnet werden dürfte. Hiezu kommt, dass der Gebrauch, welchen das Gesetz von dem Worte „nach" in den zum Vergleiche heranzuziehenden §§ 925, 982, 1075 1097, 1111 bGb. und Art. 349 Hgb. macht, für die Auffassung spricht, dass der Tag, an welchem das für den Beginn einer Frist entscheidende Ereignis eingetreten ist, als ausserhalb dieser Frist gelegen zu behandeln sei. Eine ausdrückliche Anerkennung fand diese Auffassung im Art. 32 WO., Art. 328 Hgb. und in allen Processgesetzen. Auf die letzteren Gesetze kann aber im Sinne des § 7 bGb. mit vollem Rechte hingewiesen werden; denn für die Bedeutung, welche eine Frist für die direct oder indirect daran Betheiligten hat, ist es offenbar unentscheidend, ob sie auf einem processuellen Gesetze oder auf einem materiellen Gesetze beruht. Der vorliegende Fall wäre am wenigsten geeignet, irgend ein Bedenken gegen diese Auffassung zu erregen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzungen, auf denen die der Uebergabe eingeräumte Bedeutung beruht, als schon durch die an den Beauftragten der Kl. in Wien erfolgte Uebergabe oder erst durch die an die Kl. selbst in Breslau stattgefundene Ablieferung als eingetreten angesehen werden können. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes ist es aber hervorzuheben, dass der Gekl. durch die am 6. Sept. 1885 überreichte Klage nicht überrascht werden konnte. Die beabsichtigte Klage ist ihm bereits durch das am 28. Mai 1885 überreichte Gesuch um Zulassung einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse angekündigt worden und der Fortgang dieser Beweisaufnahme, welche in Breslau ihr Ende erst am 5. Aug. 1885 erreichte, war gewiss nicht geeignet, beim Gekl. den Gedanken zu erregen, dass die Kl. gewillt sei, die Verfolgung ihrer Rechte aufzugeben. Nach dem Vorstehenden kann die von den unteren Gerichten über die Anwendung des § 933 bGb. vertretene Auffassung, durch welche der Kl. ein offenbares Unrecht zugefügt wurde, nicht gebilligt werden. Verwirft man aber dieselbe, so lässt sich die Rechtzeitigkeit der Klage nach keiner Richtung hin anzweifeln und es stellt sich demnach die vom Gekl. erhobene Einwendung der Erlöschung des Anspruchs der Kl. als unbegründet dar.

Bemerkung der Redaction. Ob die ädilitischen Fristen als Verjährungs- oder Präclusivfristen anzusehen seien, ist strittig; vgl. über den Stand der Controverse Hanausek Haftung des Verkäufers II S. 296 ff. Ebenso strittig ist die Frage, ob bei Berechnung dieser wie der gesetzlichen Fristen überhaupt der Tag, in welchen der Anfangsmoment fällt, mitzurechnen sei. Dafür: Puchta Vorles. § 75, Arndts Pand. § 89, Windscheid Pand. § 103, Dernburg Pand. § 93, Wendt Pand. § 80 a. E., Hölder Zeitberechnung S. 50 fg., Unger System II § 106 S. 295 fg., Hanausek a. a. O. S. 336 Note 11. Stubenrauch Comment. ad § 903, Kirchstetter Comment. ad §§ 704 bis 708, Geller in der GZ. 1872 Nr. 99—101; dagegen: Savigny System IV § 182, Krainz (Pfaff) System § 142, Burckhardt System II § 72 S. 175, Hasenöhrl Obl.-R, I S. 298. Ueber die Stellung des OGH. zu dieser Frage vgl. einerseits die EE. v. 12. März 1856, 24 Nov. 1857. 12. Oct. 1858. 3. Nov. 1868, 13. März 1872, bei G. U. W. Nr. 171. 475. 640. 3144. 4514, anderseits die EE. 12. Juni 1860 und 26. Sept. 1860 idid. Nr. 1148 und 1196.

137.

1. Legitimation des Hausverwalters zur Klage aus dem Mietvertrage? — 2. Unanwendbarkeit des § 1118 auf Mietverträge, deren Dauer mit dem Zeitabschnitte, für welchen der Mietzins zu entrichten ist, zusammenfällt.

(E. 12. Dec. 1888, Z. 14248.)

Die Klage des Hausverwalters A gegen B auf Aufhebung des Mietvertrags wurde vom 1. R. abgewiesen, vom OLG. zugelassen. Gründe: Der Gekl. giebt zu, dass er zur Zeit der Klageeinbringung, d. i. am 29. Juni 1888, von dem am

1. Febr. 1888 fällig gewesenen Quartalzinse den Betrag von 50 fl. und den am 1. Mai 1888 fällig gewesenen Quartalzins per 125 fl. zur Gänze nicht bezahlt habe; er widerspricht jedoch, dass er wegen Zahlung dieser Rückstände vom Kl. eingemahnt wurde und weist weiters darauf hin, dass Kl. am 8. Juni 1888 den Zins in der Höhe von 185 fl. eingeklagt, den Zahlungsbefehl erwirkt und am 12. Juli 1888 nach Restringierung seines Klagebegehrens auf 105 fl. mit ihm einen Vergleich abgeschlossen habe, nach welchem der Gekl. sich verpflichtete, den Betrag von 105 fl. sammt Zinsen und Kosten am 30. Sept. 1888 an den Kl. zu bezahlen. Der Kl. hat daher mit Hinblick auf § 1118 bGb. zu erweisen, dass Gekl. mit Ablauf des Termins den rückständigen Zins nicht vollständig entrichtet hat und vom Kl. vorher wegen Berichtigung des Zinses eingemahnt worden sei. Der 1. R. hat nun das Klagebegehren aus dem Grunde abgewiesen, weil unter dem im § 1118 bGb. gewählten Ausdrucke „Termin“ der Ablauf eines Quartals, also der Ablauf eines Zeitraums, zu verstehen sei und Gekl. zur Zeit der Klagsanbringung, d. i. nach Ablauf des Februar- und Maitermins 1888, und vor Ablauf des Mai-Augusttermins 1888 ausser dem am 1. Mai 1888 fällig gewesenen Zinse nur noch den vom Febr. 1888, nicht aber auch den vom Nov. 1887 fällig gewesenen Zins schuldete, weil sohin eine Voraussetzung zur Ausübung dieses Rechts des Bestandgebers nicht vorhanden war, ganz abgesehen von dem nach Einbringung der gegenwärtigen Klage am 12. Juli 1888 abgeschlossenen Vergleiche, wodurch implicite dem Gekl. auch eine weitere Benutzung der fraglichen Wohnung mindestens bis Aug. 1888 zugestanden wurde. Diese Auslegung des § 1118 bGb. kann jedoch nicht als richtig angesehen werden, weil aus dem Zusammenhalte dieses Paragraphen mit dem § 705 bGb., in welchem die Ausdrücke Termin und Zeitpunkt synonym gebraucht werden, sich ergiebt, dass unter dem Ausdrucke „Termin“ nicht ein Zeitraum, sondern ein bestimmter, für irgend ein Ereignis vorgesehener Zeitpunkt, somit im vorliegenden Falle der Verfallstag des Zinses, d. i. der 1. Mai 1888, zu verstehen sei. Nachdem nun der Gekl. zugiebt, dass er den am 1. Mai 1888 fällig gewordenen Zins nicht bezahlte und mit 50 fl. vom Februarzinse 1888 rückständig war, so hat der erste Weisungsgrund des erstr. U. keinen Halt. Aber auch der zweite Weisungsgrund, dass durch den geschlossenen Vergleich der Mietvertrag stillschweigend wenigstens bis zum 1. Aug. 1888 verlängert worden sei, ist hinfällig, weil aus dem Umstande, dass Kl. bezüglich des eingeklagten Zinses einen Vergleich schloss, durchaus nicht gefolgert werden kann, dass er auf die Geltendmachung seines bereits eingeklagten Rechts, nemlich die Auflösung des Vertrags zu verlangen, verzichtet habe; diese beiden, dem Bestandgeber zustehenden Rechte müssen strenge auseinandergehalten werden und es widerspräche der Sachlage, dem Inhalte des Vergleichs und dem Sinne des § 863 bGb., wenn aus dem Vergleichsabschlusse eine Verzichtleistung des Klägers auf sein Recht, die Auflösung des Vertrags zu begehren, abgeleitet werden wollte. Auch die weitere Voraussetzung des § 1118 bGb., dass der Bestandgeber vorerst die Zahlung bei dem säumigen Bestandnehmer auch wirklich eingemahnt habe, muss als erwiesen angesehen werden, weil ja bereits am 8. Juni 1888 die Klage auf Zahlung des Zinses eingebracht wurde und die gerichtliche Einklagung als eine Einmahnung angesehen werden muss. Es entfällt daher der über die geschehene Einmahnung angebotene Beweis durch den Haupteid. Die vom Gekl. gemachte Einwendung, dass dem Kl. die Legitimation zur Einbringung der Klage mangle, kann nicht berücksichtigt werden, weil der als Zeuge eidlich vernommene Eigentümer des Hauses, in welchem Gekl. wohnt, bestätigte, dass der Kl. zur Klageanbringung berechtigt war.

Der OGH. fand das erstr. U. wiederherzustellen. Gründe: Die Berechtigung des Kl. zur Ueberreichung der vorliegenden Klage ist durch die Aussage des Hauseigentümers ausser Zweifel gestellt, da diese Aussage hier nicht als die Bestätigung eines Zeugen, sondern als die maassgebende Willenserklärung des Mandanten zu würdigen ist. Für die Beurtheilung der Frage, ob ein Fall vorhanden sei, in welchem die Auflösung des Bestandvertrags vor Ablauf der Vertragsdauer begehrt werden kann, ist es entscheidend, dass es sich um ein Bestandverhältnis handelt, dessen Dauer von Vierteljahr zu Vierteljahr durch Unterlassung der Kündigung erneuert wird, und dass der Zeitabschnitt, für welchen der Zins zu entrichten ist, mit der Vertragsdauer zusammenfällt. In Bestand-

verhältnissen dieser Art ist aber die angerufene Bestimmung des § 1118 bGb überhaupt nicht anwendbar. In Gemässheit dieser Bestimmung muss eben nach Einmahnung des rückständig gewordenen Zinses noch der Ablauf eines Zeitabschnittes abgewartet werden, welcher der vereinbarten Zinsquote entspricht, ehe die Auflösung des Bestandverhältnisses vor Ablauf der Vertragsdauer begehrt werden kann. Hiebei wird also eine solche Vertragsdauer vorausgesetzt, welche mehr als eine Zinszeit umfasst. Einleuchtend ist es auch, dass nur eine derartige Vertragsdauer einen Anlass zur Einräumung des erwähnten Rechts bieten kann, da bei einer kürzeren Vertragsdauer die Auflösung des Verhältnisses sich durch die eine Erneuerung des Vertrags ausschliessende Kündigung herbeiführen lässt. Nicht zu verkennen ist es übrigens, dass das Begehren des Kl., das Bestandverhältnis vor Ablauf des Quartals Mai-Juli zu lösen, damit nicht in Einklang zu bringen ist, dass der Kl. ungeachtet des eingetretenen Zinsrückstands weder im Februar noch im Mai gekündigt und dadurch der Erneuerung des Vertrags nicht nur bis Ende Juli, sondern bis Ende October zugestimmt hat. Ein augenfälliger Widerspruch liegt auch darin, dass der Zins für die Zeit bis Ende Juli noch vor Anbringung dieser Klage gerichtlich gefordert wurde und dass auch während des vorliegenden Processes ein Executionstitel zur Einbringung dieses Zinses erwirkt worden ist. Infolge dessen kann aber die Benützung des Bestandgegenstands nicht für einen Theil derjenigen Zeit entzogen werden, für welche der Gekl. den Zins zu entrichten hat. Da in dem gegenwartigen Zeitpunkte aber über die Frage zu entscheiden ist, ob der Kl. noch vor Ablauf des Quartals Mai-Juli berechtigt war, die Auflösung des Vertrags zu begehren, so würde schon der letzterwähnte Umstand hinreichen, um das Begehren des Kl. als ein unberechtigtes erkennen zu lassen.

138.

Eheherrliche Gewalt: Haftpflicht der Ehefrau aus von ihrem Mann für ihre Rechnung geschlossenen Geschäften.

(E. 9. März 1887, Z. 14963.)

Auf die gegen beide Eheleute angestellte Klage hatte der 1. R. die Ehefrau nur bedingt verurtheilt. In den oberen Instanzen wurde der Klage unbedingt stattgegeben, vom OGH. in Erwägung, dass die in der Klage bezeichneten Arbeiten in Bezug auf die Lieferung von Fenstern, Thüren, Stiegen u. dgl. bei dem Kl. ausdrücklich mit der Bestimmung für die Hausrealität x bestellt wurden. Da aber die Zweitbekl. unbestritten die ausschliessliche Eigentümerin dieser Realität ist, so erscheint die Annahme, dass diese Bestellung blos für diese letztere durch den Erstbel. als deren Ehemann erfolgte, gerechtfertigt, zumal auch die Arbeiten zu der Realität selbst abgeliefert werden. Bei dieser Annahme entfällt auch die Notwendigkeit eines Beweises hierüber, dass die Bestellung der Arbeiten auch von der Zweitbel. persönlich gemacht wurde, da die Verpflichtung dieser letzteren zur Bezahlung der Entlohnung für derlei gelieferte Arbeiten sich schon daraus ergiebt, dass diese Arbeiten von ihrem Manne für ihre Realität bestellt worden sind und die rechtliche Vermutung nach § 1238 bGb. besteht, dass er dieses als deren bevollmächtigter Sachwalter bewirkte.

139.

Zulässigkeit der Präjudicialklage auf Anerkennung der Ehelichkeit des in einer später für ungiltig erklärten Putativehe geborenen Kindes. Unzulässigkeit derselben auf Anerkennung des einstigen Erbrechts desselben.

(E. 30. Oct. 1887, Z. 10388.)

Nachdem die zwischen P und U 1877 geschlossene Ehe für ungiltig erklärt worden war, erhob der Curator des in dieser Ehe gebornen Kindes A wider P und U die Klage auf Anerkennung der Ehelichkeit dieses Kindes und wider P überdies auf Anerkennung des Erbrechts. Der Klage wurde in allen Instanzen nur im ersten, aber nicht im zweiten Punkte stattgegeben, vom OLG. aus folgenden

höchstrichterlich gebilligten Gründen: Was vorerst die von Seite der Gekl. angef. E. über den ersten Theil des Klagebegehrens betrifft, so gehen die gegen diesen Theil des Begehrens gerichteten Einwendungen im Wesentlichen dahin, dass es einer richterlichen Feststellung der nunmehrigen Statusrechte der minderjährigen A nicht bedürfe, weil dieselben aus dem Gesetze und den durch die vorliegenden öffentlichen Urkunden erwiesenen Thatsachen von selbst fliessen, weil ferner dieselben durch die erfolgte Ungiltigkeitserklärung der zwischen P und U geschlossenen Ehe nicht geändert worden seien und weil die Anerkennung der Ehelichkeit der Geburt der minderjährigen A nicht von den Gekl. abhänge, daher auch nicht durch eine gegen dieselben gerichtete Klage erwirkt werden könne. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, dass die Standesverhältnisse des fraglichen Kindes durch den Ausspruch über die Ungiltigkeit der erwähnten Ehe insofern eine Aenderung erlitten haben, als nunmehr der Anspruch der minderjährigen A auf die Rechte eines ehelichen Kindes nicht mehr blos auf die Thatsache ihrer während der Ehe erfolgten Geburt gestützt werden kann, sondern hiezu noch jene Bedingungen treten müssen, unter welchen allein das Gesetz einem in ungiltiger Ehe erzeugten Kinde die Rechte eines ehelich erzeugten unter gewissen Beschränkungen einräumt. Hiemit ist aber auch im vorliegenden Falle das rechtliche Interesse der minderjährigen A auf Feststellung ihrer nunmehrigen Statusrechte und daher das Recht derselben, diese Feststellung gegenüber den hiebei zunächst betheiligten Personen auch im Klagewege zu erwirken, gegeben. Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, dass in dem oberstger. Erkenntnisse vom 14. Juli 1886, Z. 6034, womit die Ehe zwischen P und U für ungiltig erklärt worden ist, zugleich ausgesprochen wurde, dass der Letzteren die schuldlose Unwissenheit der unterlaufenen Ehehindernisse zustatten kommt, weil hiemit zwar die Grundlage für den Ausspruch über die Ehelichkeit der minderjährigen A gegeben, über diese letztere Frage selbst jedoch nicht entschieden wurde, der OGH. vielmehr, wie sich aus den Entscheidungsgründen desselben ergiebt, den Ausspruch hierüber, ungeachtet des vom Curator der A diesbezüglich gestellten Begehrens, in jenem Processe als nicht zur Sache gehörig abgelehnt hat. P, welcher das Recht der minderjährigen A auf Ehelichkeit erst nach Anstrengung der gegenwärtigen Klage anerkannt hat, erscheint jedoch umsoweniger berechtigt, die Zulässigkeit des Klagebegehrens in diesem Punkte zu bestreiten, als derselbe, wie schon in den erstr. Gründen hervorgehoben wurde, im Laufe der Untersuchung bezüglich der Ungiltigkeit der Ehe die Ehelichkeit der minderjährigen A nicht nur nicht anerkannt hat, sondern der vom Curator angestrebten Anerkennung derselben ausdrücklich entgegengetreten ist, somit ihm gegenüber auch der factische Klagegrund gegeben war. Es stellt sich daher die Appellation des Gekl. in diesem Punkte als ungegründet dar. Ebenso ist der zweite Theil der erstr. E., womit das auf Anerkennung des Erb-, bez. Noterbrechts der minderjährigen A zum Nachlasse des P. gerichtete Begehren derzeit abgewiesen wurde, gerechtfertigt. Denn da das Erbrecht nach § 536 bGb. erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, somit das Erbrecht der minderjährigen A zum Nachlasse des P, insofern ihr ein solches zukommt, erst nach dem Ableben des letzteren wirksam werden kann, so besteht derzeit für die minderjährige A, bez. für die Vertretung derselben, keinerlei gesetzliche Veranlassung, eine Entscheidung im Sinne des zweiten Theils ihres Begehrens bezüglich des Erb- oder Noterberechts hervorzurufen und würde vielmehr diese Erbrechtsfrage seinerzeit gegenüber den concurrierenden Erben auszutragen sein. In gleicher Weise aber erscheint die vom Gekl. angestrebte peremtorische Abweisung dieses Theils des klägerischen Begehrens nicht begründet. Denn der vom Gekl. auf Grund des Vergleichs vom 22. April 1884 geltend gemachte Erbverzicht betrifft, wie sich aus § 538 bGb. u. f. ergiebt, ohne Zweifel die Erbfähigkeit der minderjährigen A im concreten Falle und war demnach im Sinne des § 545 bGb. auch über die bezügliche Einwendung des Gekl. nicht infolge der gegenwärtigen verfrühten Klage zu entscheiden. In diesem Punkte waren daher die Appellationen beider Theile als unbegründet zu verwerfen.

B. Handels- und Wechselrecht.

140.

Registrierung der Ehepacte auf Ansuchen der Gattin eines Gesellschafters gegen den Widerspruch der Gesellschaft.

(E. 4. Dec. 1888, Z. 198903.)

Zwischen den Gesellschaftern A und B war vereinbart worden, dass vor der Verehelichung des B ohne dessen Zustimmung die zwischen A und seiner Gattin U geschlossenen Ehepacte nicht protokolliert werden dürfen. Nichtsdestoweniger begehrte und erwirkte U gleich darauf die Registrierung der Ehepacte. Der Recurs des B im eigenen Namen und namens der Gesellschaft A und B wurde sowohl vom OLG., wie vom OGH. abgewiesen, weil die Unanwendbarkeit des Art. 88 Hgb. aus dem Gegenstande der angefochtenen Eintragung klar erhellt, U durch das Verlangen nach Eintragung der Ehepacte von einem ihr nach dem Gesetze zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, dessen Ausübung weder von der Zustimmung ihres Gatten, noch von der Zustimmung des Gesellschafters des Letzteren abhängt, dass demnach die unter den Gesellschaftern bezüglich der Eintragung von Ehepacten zustande gekommene Vereinbarung hier nicht in Betracht zu ziehen ist, demgemäss weder die Gesellschaft noch deren Gesellschafter berufen erscheinen, in der vorliegenden Angelegenheit zu intervenieren und da es augenscheinlich an den Voraussetzungen des § 16 des Patents vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208) fehlt.

141.

Unerheblichkeit der vorgeschützten Honoraransprüche der Liquidatoren einer Genossenschaft für die Pflicht zur Löschung der Firma nach beendeter Liquidation.

(E. 28. Nov. 1888, Z. 13757.)

Das OLG. hat dem Recurse der Liquidatoren des Escompte- und Sparvereins der inneren Stadt Wien, registrierte Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung, wider den erstr. Auftrag, bis längstens 21. Sept. 1888 um die Löschung der Liquidationsfirma so gewiss einzuschreiten, als sonst von jedem der säumigen Liquidatoren eine Ordnungsstrafe von 100 fl. ö. W. eingehoben würde, keine Folge gegeben und den angef. Bescheid in der Erwägung bestätigt, dass das HG. nach Art. 26 Hgb. verpflichtet ist, die Betheiligten zur Befolgung der Vorschriften der Art. 19, 21 und 25 Hgb. von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten und dass nach dem Inhalte der E. des OGH. vom 27. Juni 1888, Z. 7712, sowohl die erfolgte Auflösung der genannten Genossenschaft, als auch die Beendigung der Liquidation ausser Zweifel steht.

Dem a. o. Revisionsrecurse, in welchem im wesentlichen angeführt wird, dass noch Klagen gegen die Genossenschaft anhängig sind, demnach die Liquidation nicht als zu Ende geführt angesehen werden kann, wurde vom OGH. mit dem Beifügen keine Folge gegeben, dass das Behaupten des Bestands von Honoraransprüchen, welche zwei Liquidatoren und deren Vertreter erheben zu können vermeinen, keineswegs geeignet ist, die Richtigkeit der Thatsache der Beendigung der Liquidation in Zweifel zu ziehen; dass auch in dem Revisionsrecurse nichts vorgebracht wurde, was die Geschäfte der Liquidatoren erkennen liesse, welche diese, ungeachtet der Befriedigung der Concursgläubiger und ungeachtet des gänzlichen Mangels eines Genossenschaftsvermögens, sowie eines der Genossenschaft zustehenden Vermögensanspruchs, noch durchzuführen hätten; und dass es sonach augenscheinlich an den Voraussetzungen des § 16 des kais. Patents vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208) fehlt.

142.

Handelsgewerblicher Charakter des Ankaufs von Ziegeln seitens eines Bau-(Maurer-)Meisters?

Vgl. Bd. III Nr. 186.

(E. 5. Febr. 1888, Z. 12222.)

Die der Klage vor dem st.-del. BG. entgegengestellte Einwendung der Incompetenz wurde vom 1. R. zugelassen, vom OLG. verworfen.

Gründe: Nach § 272 Hgb. ist bei gewerbsmässigem Betriebe als Handelsgeschäft anzusehen die Uebernahme der Bearbeitung und Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Betrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht, und dies nach § 38, Z. 2, des EinfG. z. Hgb. nur dann, wenn eine Handelsgesellschaft oder wenn ein Kaufmann, dessen Firma handelsgerichtlich protokolliert ist, der geklagte Theil ist. Der Gekl. ist Maurer- und Baumeister und giebt zu, dass er den Bau von Personalhäusern zu Lienz nach Einheitspreisen mit der Verpflichtung übernommen habe, die hiezu erforderlichen Materialien beizustellen. Der Gekl. hat daher die Ziegel nicht zur Weiterveräusserung, sondern zur Aufführung der von ihm zum Baue übernommenen und an die Südbahngesellschaft zu übergebenden Häuser angeschafft. Ebensowenig hat Gekl. die von ihm erbauten Häuser speculationsweise weiterverkauft. Gekl. behauptet auch nicht, dass er als Bau- und Maurermeister handelsgerichtlich protokolleirt ist. Die Anschaffung der Ziegel erfolgte also offenbar nur zum handwerksmässigen Betriebe; das wesentliche Moment bei der Anschaffung derselben für den Gekl. war nur, die Mittel zur Bethätigung seiner Arbeitsleistung zu erwerben, nicht aber, die Ziegel als solche mit Absicht auf Gewinn zur Weiterveräusserung zu bringen, und kann daher das mit dem Kl. auf Lieferung von Ziegeln abgeschlossene Geschäft als ein Handelsgeschäft nicht angesehen werden.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus deren Gründen und in der Erwägung, dass es sich im vorliegenden Falle um keine Anschaffung zur Weiterveräusserung, sondern um eine Bauherstellung, um den Inbegriff von Arbeitsleistungen handelt, zu deren Ausführung der Gekl. die nötigen Requisiten sich selbst beizustellen hatte, da derselbe die vom Kl. gelieferten Ziegel zum Zwecke der Herstellung bestimmter von ihm auszuführender Gebäude der Südbahn, folglich zur Verarbeitung in seinem Geschäfte anschaffte.

143.

Distanzkauf. Unerheblichkeit des Verzugs in der Annahme der vertragswidrig gelieferten Waare für das Redhibitionsrecht des Käufers. Beweispflicht des Verkäufers für die Probemässigkeit der Waare.

(E. 29. Nov. 1888, Z. 12922.)

Die vom 1. R. zugelassene Klage des Käufers gegen den Verkäufer auf Zurücknahme eines ihm gelieferten Fasses Rum und Ersatz der Kosten der vorgenommenen Expertise wurde vom OLG. abgewiesen. Gründe: Um der Annahme einer stillschweigenden Genehmigung der Waare vorzubeugen, hat der Käufer nicht allein die Waare zu untersuchen und im Falle ihrer vertrags- oder gesetzwidrigen Eigenschaft davon dem Verkäufer sofort die Anzeige zu machen, sondern er muss auch dabei die Untersuchung sofort nach der Ablieferung vornehmen (Art. 347 Hgb.). Als abgeliefert, selbst für den Fall einer verabredeten thatsächlichen Uebergabe, ist aber die von einem anderen Orte übersendete Waare alsdann zu halten, wenn sie an ihrem Bestimmungsorte anlangt und der Käufer behufs ihrer Empfangnahme avisiert ist, weil die wirkliche Empfangnahme, zu welcher er nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 346 Hgb. auch ohne allen Verzug gehalten ist, sodann lediglich nur in seinem freien Willen gelegen ist, jede weitere Ingerenz des Verkäufers in dieser Beziehung entfällt, und es nicht dem Belieben des Käufers überlassen ist (Art. 346 und 347 Hgb.), dieselbe willkürlich auf einen ferneren Zeitpunkt zu verlegen und hiedurch die Geltendmachung des nach dem bezogenen Art. 346 und 347 dem Verkäufer zugestandenen Rechts, die Waare

für genehmigt zu halten, durch eine selbstverschuldete Verzögerung in der Empfangnahme bis zum Ablaufe der Verjährungszeit (Art. 349 alin. 2 Hgb.) eigenmächtig zu verschieben und ihn bis dahin über die Genehmhaltung der Waare im Ungewissen zu halten. Der Kl. giebt aber von freien Stücken zu, dass in der Empfangnahme jenes Fasses Rum eine Verzögerung eingetreten sei, ohne dass er jedoch hiefür irgend welchen, geschweige denn einen haltbaren Grund anzuführen vermochte, eine Verzögerung aber als seinerseits stattgefunden angenommen werden muss, indem die Waare vom Bahnhofe erst am 9. Aug. 1886 abgeholt wurde, während das Aviso über deren Versandt noch am 13. Juli 1886 erfolgte und eine Aufhaltung im Transporte auch nicht behauptet wird. Wenn nun auch die Untersuchung der Waare und die Anzeige über die bemerkten Mängel auch sofort nach dem 9. Aug. 1886 erfolgten, so hat die Untersuchung nicht sofort nach der Ablieferung stattgefunden, und da für die diesfalls eingetretene Verzögerung der Kl. eben einen aufklärenden Grund anzugeben nicht imstande war, und eine Verspätung in der Empfangnahme für ortsgebräuchlich auch nicht gehalten werden kann (Art. 346 Hgb.), muss der eingetretene Verzug nur seiner eigenen Nachlässigkeit, somit seinem eigenen Verschulden zugeschrieben werden. Bei einem solchen Bestande hat er aber das Recht, die eingeschickte Waare zu bemängeln, schon überhaupt verloren, und es muss vielmehr dieselbe gemäss Vorschrift des Art. 347 Hgb. für bereits genehmigt gehalten werden. Dieser Umstand für sich allein genügt aber, um den Kl. mit seinem Begehren auf Zurücknahme des gelieferten Fasses Rum, sowie auf Zahlung der angesprochenen Entschädigungsbeträge abzuweisen, ohne dass es noch notwendig wäre, sich in die Beurtheilung der Frage einzulassen, ob ein Kauf auf Muster oder ohne Bezug auf ein solches geschlossen wurde, ob die bestrittene Identität der Waare anzunehmen wäre und ob die Beschaffenheit derselben mangelhaft war oder nicht. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend war daher das angef. U. in abweislicher Richtung abzuändern.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Die Gekl. hat den thatsächlichen Angaben des Kl. zwar speciell widersprochen, dieselben jedoch im ganzen nicht in der im § 5 aGO. vorgeschriebenen klaren und präcisen Weise, sondern zumeist nur ausweichend und polemisierend beantwortet, und ist hiebei mit sich selbst auch in mancherlei Widerspruch geraten; sie muss sich daher gefallen lassen, wenn auf ihre Ausführnngen, dafern sie miteinander im Widerspruche stehen, kein Bedacht genommen und der Sachverhalt so beurtheilt wird, wie ihn der Kl. in Uebereinstimmung mit den allegierten Behelfen geschildert hat. Aus den an den Kl. geschriebenen nicht beanständeten Briefen der Gekl. ist zu entnehmen, dass ihr Gesellschafter im Juli 1886 dem Kl. Jamaicarum nach Muster verkauft, das Muster aber dem Letzteren nicht übergeben, sondern sich zurückbehalten hat, dass ferner die Factura vom 13. Juli 1886, mittelst welcher die Gekl. von Hamburg aus die Absendung eines Fasses mit 134 Liter Jamaicarum zum facturierten Preise von 140 fl. 70 kr. dem Kl. ankündigte, sich eben auf diesen Verkauf bezogen habe. Diese Factura steht jedoch mit dem wirklichen Sachbestande insoferne nicht im Einklange, als dem Kl., wie dies aus dem vom letzteren vorgelegten Originalfrachtbriefe, auf welchen sich auch die Gekl. beruft, beweiskräftig erhellt, am 9. Aug. 1886 am Bahnhofe in Lemberg nicht die in der Factura angekündigte, sondern eine Rumsendung ausgefolgt worden ist, welche vom Lagerhause der Unionbank in Wien schon am 16. März 1886, also mehr als drei Monate früher, an G in Lemberg expediert wurde und daselbst durch mehr als vier Monate eingelagert gewesen sein mochte. Die Widersprüche der Gekl. entbehren sohin jeglicher Bedeutung, und da es keinem Zweifel unterliegt, dass dem Kl. am 9. Aug. 1886 nicht die in der Factura angezeigte, sondern eine andere, schon lange eingelagert und allen Zufälligkeiten einer langen Einlagerung ausgesetzt gewesene Rumsendung übergeben worden ist, so kann auch dem Kl. ein Vorwurf wegen angeblich seinerseits verzögerter Uebernahme mit Grund umsoweniger gemacht werden, als die Gekl. diese auffallende und folgenschwere Verwechslung nicht im mindesten aufgeklärt und auch nicht einmal behauptet hat, dass und wann der Kl. zur Uebernahme der für G bestimmt gewesenen, auf seinen Namen umgeschriebenen Sendung aufgefordert worden ist. Es gebricht daher an jeglicher Grundlage, um beurtheilen zu können, ob und inwiefern die Uebernahme vom Kl. verzögert worden ist, vielmehr lässt der obgeschilderte

Vorgang einen Mangel an Coulance nur seitens der Gekl. erkennen. Der Kl. hat schon am nächsten Tage nach der Uebernahme die Gekl. brieflich verständigt, dass er die übernommene Rumsendung, da sich solche nicht als vertragsmässig ergeben hat, nicht behalten wolle, sondern solche ihr zur Disposition stelle, was gegen den Widerspruch der Gekl. durch ihren eigenen Brief vom 12. Aug. 1886, worin sie sich auf die erhaltene Verständigung vom 10. Aug. 1886 bezieht, erwiesen vorliegt. Damit hat aber auch der Kl. der ihm als Käufer einer eingesendeten Waare nach Art. 347 Hgb. obliegenden Verpflichtung vollständig entsprochen, und wenn die Gekl. diese Dispositionsstellung für unberechtigt hielt und sich solche nicht gefallen lassen wollte, so war es ihre Sache, die Vertragsmässigkeit der Waare an Hand des Musters und hiedurch die Nichtberechtigung des Refus zu erweisen. Nach Art. 348 Hgb. ist in solch einem Falle der Käufer nur verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung der Waare zu sorgen, ohne jedoch in dieser Beziehung an einen bestimmten Ort oder Aufbewahrungsmodus gebunden zu sein. Er kann zwar den Zustand der Waare durch Sachverständige feststellen lassen, muss es aber nicht thun, woraus folgt, dass, nachdem bei Beanständung der Waare dem Käufer nach dem Handelsgesetze die specielle Verpflichtung zur Erweisung der Vertragswidrigkeit der refusierten Waare nicht obliegt, es auch bei Käufen unter Handelsleuten bei der allgemeinen Regel des gemeinen Rechts sein Bewenden hat, wonach derjenige, welcher auf Erfüllung des Kaufvertrags dringt, seine Verbindlichkeit erfüllt, daher der Verkäufer eine vertragsmässige Waare geliefert haben muss (§§ 1047, 1052 und 1061 bGb.). Dies hat aber die Gekl. nicht gethan, ja nicht einmal bei der auf Veranlassung des Kl. vorgenommenen Expertise das Muster zur Verfügung gestellt, wiewohl sie hiebei vertreten war. Aus dem Umstande, dass der Kl. die Sendung nicht sofort am Bahnhofe bei der Ablieferung untersuchte und dass er den Kunstbefund erst nach Ablauf mehrerer Wochen in seinem Schanklocale vornehmen liess, kann die Gekl. keinerlei Rechtsfolgen für sich ableiten, weil eine Untersuchung der Waare bei der Uebernahme und am Orte derselben gesetzlich nicht geboten ist, weil der Kl. zur Führung des Sachverständigenbeweises, wie oben gezeigt, überhaupt nicht verpflichtet, sohin es auch in diesem Streite gleichgiltig ist, ob und wann er solchen vornehmen liess, weil die Gekl., wenn sie einer Verzögerung oder Vertauschung habe vorbeugen wollen, selbst für eine andere passendere Aufbewahrung hätte sorgen und die Expertise früher hätte vornehmen lassen sollen, und weil dem Kl. eine Malversation nicht nachgewiesen wurde, auf die Vermutungen der Gekl. nach dieser Richtung aber umsoweniger ein Gewicht gelegt werden kann, als nicht ausgeschlossen ist, dass, wenn überhaupt eine Veränderung im Zustande der Waare stattgefunden hat, solche auch während der mehrmonatlichen Einlagerung am Bahnhofe stattgefunden haben konnte. Immerhin hat aber der Kl. durch das einmütige Gutachten der Sachverständigen dargethan, dass in dem ihm am 9. Aug. 1886 übergebenen Fasse sich kein Jamaicarum, sondern nur ein wertloses Surrogat befunden habe, und da er die Expertise zu seinem Schutze vornehmen zu lassen allerdings berechtigt war, so hat er auch auf den Ersatz der diesfälligen Kosten Anspruch. Aus diesen Erwägungen stellt sich das erstr. U. als sach- und gesetzlich gerechtfertigt dar.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

144.

Zulässigkeit der gerichtlichen Sequestration einer Liegenschaft wegen Uebernahmeverzugs des Käufers.

(E. 2. Oct. 1888, Z. 11480.)

Im Laufe des Rechtsstreits wegen Erfüllung des über eine Mühle geschlossenen Kaufvertrags, Zahlung des Preises und Uebernahme der Mühle begehrte der Kl. die gerichtliche Sequestration des Erfüllungsobjects, welche nach gepflogener Verhandlung vom 1. R. abgeschlagen, vom OLG. unter Vorbehalt der

Entscheidung über die Verhandlungskosten für den Hauptprocess bewilligt wurde. Der OGH. bestätigte die Bewilligung, verhielt aber gleichzeitig den Geklagten zum Ersatze der Verhandlungs- und der Recurskosten, weil der Bittsteller in seinem Gesuche angab, dass er dem Gekl. die oberwähnte Mühle verkaufte, dieser aber die Uebernahme derselben verweigert, was zur Begründung des Sequestrationsbegehrens nach § 1425 bGb. zureicht und die Frage, ob die Sequestration rechtmässig geschah, nicht schon bei der gerichtlichen Einleitung zur Verwahrung der Sache zu prüfen, sondern im besonderen Wege auszutragen ist, und weil es sich hier keineswegs um eine die Processleitung betreffende Verfügung, sondern um einen von der Hauptsache unabhängigen Nebenstritt handelt, in welchem Kl., dessen Ansuchen ungeachtet des Widerstands des Gekl. unbedingt willfahrt wurde, als obsiegend zu betrachten ist.

145.

Unzulässigkeit der Bestimmung einer Präclusivfrist zur Geltendmachung der gegen den Nachlass eines Ausländers angemeldeten Forderung.[1]

(E. 26. Febr. 1889, Z. 1637. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 439.)

In der Verlassabhandlung nach dem am 2. Aug. 1888 zu Vigny in Frankreich verstorbenen, in Wien wohnhaft gewesenen französischen Staatsbürger A meldete Gläubiger B in Wien eine Forderung per 34.778 fl. 64 kr. an. Die Anmeldung wurde dem C, Advocaten in Wien, als ausgewiesenem Vertreter der Erben des A, zur Aeusserung zugestellt. Dr. C. äusserte sich dahin, dass er die angemeldete Forderung rücksichtlich auf 3 Achtelantheile des Nachlasses des A nicht für liquid halte, worauf der 1. R. den B anwies, die Klage zur gerichtsordnungsmässigen Geltendmachung der angemeldeten Forderung bei der competenten Behörde bis 15. Jän. 1889 so gewiss zu überreichen, sich gerichtlich diesfalls auszuweisen und die Klage gehörig fortzusetzen, widrigens auf die Forderung, da sie von den Erben nicht liquidiert wurde, eine weitere Rücksicht nicht genommen würde; das Abhandlungsgeschäft könne nicht bis zum Ablaufe der Verjährungsfrist einer angemeldeten Forderung aufgeschoben werden, und in sinngemässer Anwendung der Voraussetzung des § 812 bGb., betreffend die Legitimation als Erbschaftsgläubiger, und des § 137 des Abhandlungspatents sei der Gläubiger nur insolange zu schützen, bis über seine Ansprüche durch die competenten Gerichtsbehörden rechtsgiltig entschieden wird; die blosse Behauptung aber, es sei Jemand Gläubiger, könne nicht genügen, den Nachlass zu binden.

Das OLG. hob den angef. Bescheid in der Erwägung auf, dass die erstr. Verfügung der Vorschrift des § 138 des Abhandlungspatents nicht entspreche und das angedrohte Fatale mit der im angeführten Paragraphe enthaltenen Bestimmung nicht im Einklange stehe, dass es vielmehr dem anmeldenden Gläubiger vorbehalten bleibe, seine Forderung im ordentlichen Rechtswege innerhalb der Verjährungszeit geltend zu machen oder es aber dem Erben freistehe, gegen diesen Gläubiger die Aufforderungsklage anzubringen.

Die o. g. E. wurde vom OGH. bestätigt, weil sich aus dem Umstande, dass der Nachlass eines Ausländers in Frage steht, die Berechtigung nicht ableiten lässt, denjenigen, welche Forderungen gegen einen Nachlass anmelden, einen Präclusivtermin zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Forderungen zu bestimmen und dadurch einen Zwang auszuüben, welcher zweifellos gegenüber den wider den Nachlass eines Inländers angemeldeten Forderungen unzulässig wäre, und weil es dem Beschwerdeführer unbenommen bleibt, für den Fall, als die Klage bis zu dem Zeitpunkte der Ausfolgung des Nachlasses noch nicht erhoben sein sollte, eine Entscheidung darüber, ob und inwieweit die vorliegende Anmeldung geeignet sei, die Anwendung der zum Schutze von Nachlassgläubigern bestimmten Maassregeln des § 138 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) herbeizuführen. bez. über die Höhe des zur Deckung der behaupteten Forderung erforderlichen Betrags im Sinne des Art. 3 des mit Frankreich geschlossenen Vertrags vom 11. Dec. 1866 (RGB. 168) hervorzurufen.

---

[1] S. Oberstg. E.: 23. Mai 1872, 7. Dec. 1875. 7. Oct. 1879 in G.-U.-W. Nr. 4614. 5929. 7597.



146.

Legitimation des Erben zum Ansuchen um bücherliche Uebertragung einer für den Erblasser einverleibten Caution bei unterbliebener Anführung der letzteren im Inventare oder Vermögensbekenntnisse.

(E. 29. Feb. 1888, Z. 924.)

Die in den Vorinstanzen verweigerte Uebertragung des für die Pachtcaution im Betrage von 5800 fl. zu Gunsten des Erblassers M einverleibten Pfandrechts auf Namen des Erben A wurde vom OGH. bewilligt in Erwägung, dass Pachtcautionen, welche aus Anlass der Verpachtung unbeweglicher Güter durch Bestellung einer Hypothek für einen Höchstbetrag bedungen und gegeben werden, in der Regel nur zur Sicherung jener eventuellen Geldforderungen zu dienen haben, welche der Verpächter wegen nicht gehöriger Erfüllung des Pachtvertrags, insbesondere wegen zugefügter Beschädigungen durch den Pächter erwachsen könnten, daher zu ihrer concreten Existenz erst eines besonderen Entstehungsgrunds bedürfen, und solange dieser nicht eingetreten ist, auch keinen Vermögensbestandtheil der Verpächters, somit im Falle seines Absterbens auch nicht einen Gegenstand der Gebürenentrichtung bilden können, und wenn es auch vorkommen kann, dass durch eine solche Pachtcaution auch Ansprüche des Verpächters sichergestellt werden, welche für denselben bereits bei Beginn der Verpachtung in einem bestimmten Betrage entstanden sind, aber erst nach Auslauf derselben zur Berichtigung fällig werden, doch im vorliegenden Falle jeder Grund zur Annahme mangelt, dass eine derartige Forderung, wenn solche aus dem abgeschlossenen Pachtvertrage für den Erblasser M bestanden hätte, in dem eidesstättigen Vermögensbekenntnisse des Erben A, wo dieselbe als Nachlassvermögensbestandtheil aufzuführen war, mit Stillschweigen übergangen worden sei, dass daher durch die Eingabe der letzteren wegen verlassbehördlicher Bewilligung zur grundbücherlichen Uebertragung des Pfandrechts für die eingangs gedachte Pachtcaution kein Anlass zu einer Amtshandlung oder Vorkehrung im Sinne des § 179 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) gegeben erscheint, demnach auch für die Verlassabhandlungsbehörde kein Hindernis besteht, mit der aufrechten Erledigung dieser Eingabe im Sinne des § 177 des obigen Patents vorzugehen.

147.

Wegfall des durch Vorrangseinräumung erworbenen Rechts durch die Löschung der Hypothekarforderung, vor welcher der Vorrang eingeräumt wurde.

(E. 26. Febr. 1889, Z. 2119.)

Zu Gunsten des A haftete auf der Liegenschaft x am 5. und 17. Satze das Pfandrecht für je eine Forderung per 190 fl. und zu Gunsten des B am 2. Satze für eine Forderung per 300 fl. Unterm 15. Febr. 1882 wurde die Einräumung des Satzvorrangs der zwei Forderungen des A per je 190 fl. vor der am zweiten Satze haftenden Forderung per 300 fl. des B angemerkt. Unterm 24. Nov. 1882 wurde das Pfandrecht des B in Ansehung der Forderung per 300 fl. gelöscht. Gelegentlich des Freiwerdens eines zur Deckung eines Auszugs ausgeschiedenen Bedeckungscapitals begehrte A die Zuweisung seiner zwei Forderungen per je 190 fl. im Range der nunmehr gelöschten Forderung des B per 300 fl. Mit diesem Begehren wurde A in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. mit folgender Begründung: Denn da Recurrent sich die am 2. Satze eingetragene Forderung weder durch Cession abtreten noch darauf ein Afterpfand einräumen liess, sondern sich damit begnügte, dass B den Forderungen des Recurrenten am 5. und 17. Satze per je 190 fl. den Vorrang vor seiner am 2. Satze eingetragenen Forderung eingeräumt hatte, so hat Recurrent dadurch nur das Recht erworben, jenen Betrag, der dem B am 2. Satze zugewiesen werden sollte, zu seiner eigenen Befriedigung in Anspruch zu nehmen, welches Recht aber dadurch, dass die Forderung am 2. Satze unterm 24. Nov. 1882 zur Löschung gelangte, gegenstandslos geworden ist.



D. Civilprocess.

148.

Untauglichkeit des einer Rechnung über geleistete Arbeiten beigefügten Vermerks über den Zahlungsort zur Begründung des forum contractus.

Vgl. Bd. II Nr. 89.

(E. 21. Juni 1888, Z. 7176.)

Der vom 1. R. verworfenen Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstands wurde vom OLG. stattgegeben. Gründe: Wenn erwogen wird, dass der § 43 JN. zur Begründung des Gerichtsstands des Vertrags erfordert, dass der Ort, wo eine Zahlung geleistet werden soll. in dem Vertrage ausdrücklich bestimmt worden sei und dass nur in Handelssachen, um welche es sich vorliegend nicht handelt, auf Grund der Bestimmung des § 322 Hgb. die ohne Beanständung geschehene Uebernahme einer bestellten Waare, die bei der Lieferung von einer einen bestimmten Zahlungsort enthaltenden Factura begleitet war, als eine stillschweigende Annahme dieser Vertragsbedingung angesehen wird und den Gerichtsstand des Vertrags begründet, diese Vermutung aber dann nicht eintritt, wenn erst nach Erfüllung des Vertrags eine solche Factura zugesendet wird und kein Gesetz besteht, welches bestimmt, dass, wenn nach geschehener Vertragserfüllung gegen eine neu proponierte Vertragsbestimmung nicht ausdrücklich remonstriert wird, dies als eine stillschweigende Einwilligung zu derselben anzusehen sei; und in weiterer Erwägung, dass im vorliegenden Falle aus der Rechnung hervorgeht, dass selbe über theilweise aus dem Jahre 1884 schon herrührende und bis zum 4. Februar 1886 geleistete Arbeiten und geliefertes Materiale ausgestellt ist, dass Kl. gar nicht behauptet, es sei bei Bestellung und Leistung der Arbeiten und Lieferung von Materialien je eine Verabredung über den Zahlungsort zwischen ihnen zustande gekommen, sondern dass vielmehr hervorkommt, es habe dieselbe nach bereits erfülltem Vertrage dem Gegner eine Rechnung zugeschickt und in solche ohne seine Einwilligung einseitig die Bestimmung „zahlbar in Teschen“ aufgenommen, so kann diesem Beisatze, wenn auch der andere Theil gegen diese Aufnahme nicht ausdrücklich protestierte, die Wirkung eines zustande gekommenen Vertrags über den Gerichtsstand im Sinne des § 43 JN. nicht beigelegt werden, und da auch das in dem Briefe geleistete Versprechen, den Rest der in seiner Höhe übrigens auch bestrittenen Schuld dem Kl. nach Teschen einzusenden, selbst wenn es sich um eine Handelssache handeln würde, nach Art. 325 Hgb. an dem ordentlichen Gerichtsstande keine Aenderung herbeizuführen vermag, so muss die erhobene Einwendung der Incompetenz als im Gesetze vollkommen begründet angesehen werden.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. aus dessen im wesentlichen dem Gesetze und der Actenlage entsprechenden Gründen und in der Erwägung, dass Kl. aus dem Titel des Lohnvertrags klagt und nicht einmal behauptet, dass bei der Bestellung der Arbeit zwischen den Contrahenten Teschen als Zahlungsort vereinbart wurde, und der blosse Umstand, dass die nach gelieferter Arbeit, daher nach Erfüllung des Vertrags, seitens der Kl. dem Bel. eingeschickte Rechnung den Zahlungsvormerk Teschen enthalten hat, eine stillschweigend erfolgte Einigung auf diesen Zahlungsort nicht begründen kann, da Bel. in dem von der Kl. selbst producierten Schreiben vom 29. März 1886 erklärt, dass er mit der ihm übersendeten Rechnung nicht einverstanden sei.

149.

Umfang des Armenrechts: Ersatzpflicht der das Armenrecht geniessenden Processpartei, welche einen (erheblichen) Kostenvorschuss für ihren Vertreter aufgebracht hat, für die vom Gerichte vorgeschossenen Zeugen- und Expertengebühren.

(E. 8. Jän. 1889, Z. 15941 ex 1888.)

Der das Armenrecht geniessenden Kl. wurde nach Schluss des Beweisverfahrens vom 1. R. aufgetragen, die auf 18 fl. 50 kr. und 37 fl. 49 kr. be-

stimmten Kosten der Zeugenabhörung und der Vernehmung der Sachverständigen bei Gericht zu erlegen, nachdem in Erfahrung gebracht worden war, dass die Kl. zum Zwecke der Streitführung auf ihre Realität ein Sparcassedarlehen aufgenommen und ihrem Vertreter Dr. A überlassen habe.

Dem Recurse der Kl. wurde vom OLG. keine Folge gegeben; denn die Gebühren, welche in einem Rechtsstreite infolge der Durchführung einer Weisung auf Zeugen und Sachverständige entstanden und den Zeugen und Sachverständigen auszuzahlen sind, kommen den in der MVdg. vom 3. Juli 1854 (RGB. 169) erwähnten Commissions- und Reisegebüren gleich und sind auf dieselben die Vorschriften des GebG., TP. 75° und der FMVdg. vom 20. Dec. 1862 (RGB. 103), welche die Stempel- und Erkenntnisgebüren zum Gegenstande haben, nicht anwendbar. Nach § 26 der MVdg. vom 3. Juli 1854 ist in dem Falle, als die Zahlung einer das Armenrecht geniessenden Partei zur Last fällt, die fällige Gebür aus den mündlichen Verlagsgeldern vorschussweise zu bestreiten und in Vormerkung zu nehmen, sodann aber einzubringen, wenn die gebürenfreie Partei durch den Ausgang des Rechtsstreits oder in anderer Weise zahlungsfähig wird; damit stimmt auch der § 16 der AdvO. überein, wornach, wenn die Partei, für welche ein unentgeltlicher Vertreter bestellt wurde, zu Zahlungsmitteln gelangt, aus diesen vor allem dem Staate die aus Anlass der unentgeltlichen Vertretung entstandenen Auslagen zu vergüten sind. Da die Kl. nach ihrer Angabe im Protokolle vom 23. Oct. 1888 zum Zwecke der Streitführung in der oberwähnten Rechtssache das bei ihrer übrigens unbelasteten Realität sichergestellte Darlehen pro 200 fl. aus der kärntnerischen Sparcasse aufgenommen und ausbezahlt erhalten und davon den Betrag von 150 fl. ihrem Vertreter als Kostenvorschuss eingehändigt hat, so erscheint es durch die erwähnten Verordnungen gerechtfertigt, wenn die aus den amtlichen Verlagsgeldern vorschussweise bestrittenen Gebüren der Zeugen und Sachverständigen aus diesem von der Kl. zur Streitführung gewidmeten Kostenvorschusse eingebracht werden, da die Kl. durch die Aufnahme des Darlehens zu Zahlungsmitteln gelangte und den grösseren Theil derselben zum Zwecke der Berichtigung der Kosten der Durchführung der Rechtssache ihrem Vertreter übergeben hat.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Kl. hat der OGH. bei dem Abgange der zur Abänderung gleichförmiger untergerichtlicher Entscheidungen erforderlichen Voraussetzungen keine Folge zu geben befunden, zumal auf die Frage der Verpflichtung einer das Armenrecht geniessenden Streitpartei zur Berichtigung der vom Gerichte vorschussweise zu bestreitenden Zeugen- und Sachverständigengebüren, welche zufolge FME. vom 8. Febr. 1853 (RGB. 110), Abs. 1, gleich den Auslagen für Commissions- und Reisegebüren der Gerichtsbeamten zu behandeln sind, mit Recht die Vorschrift des § 24 der MVdg. vom 3. Juli 1854 (RGB. 169) in Anwendung gebracht worden ist, und sich das Gericht bei Eintreibung der in Rede stehenden Gebüren ohnedies auch die Vorschrift des § 24 obiger Vdg. gegenwärtig zu halten haben wird, wornach für deren Einzahlung auch der bevollmächtigte Vertreter der Beschwerdeführerin zu haften hat, welchem nach deren Anführungen aus dem bei der kärntnerischen Sparcasse aufgenommenen Darlehen ein Betrag von 150 fl. als Vertretungskostenvorschuss zugeflossen ist, während der Umstand, dass der Zeuge W. auch über einen von der Bekl. gestellten Weisartikel vernommen worden ist, mit Rücksicht darauf, dass auch diese das Armenrecht geniesst, den Umfang der Vorschusspflicht der Beschwerdeführerin füglich nicht beeinflussen kann.

150.

Zurückweisung der verspäteten Eidesantretung auf die gleichzeitige Rüge des Gegners hin.

(E. 19. Febr. 1889, Z. 1170.)

Nach abgelaufener Frist zur Eidesantretung langten fast gleichzeitig das Gesuch des Gegners um Erklärung des nicht angetretenen Eides für erloschen und die Eidesantretung des Beweispflichtigen ein. Die letztere wurde vom 1. R. als verspätet zurückgewiesen. Das GLG. aber verordnete vorerst die Vernehmung

der Parteien über beide Anbringen, dies in der Erwägung, dass die verspätete Eidesantretung nach a. h. Entschl. vom 22. Mai 1817 (JGS. 1065) zu verwerfen ist, wenn sich der Gegentheil dem Begehren widersetzt, im gegebenen Falle Gegner in seinem Gesuche von der Ansicht ausgeht, dass Kl. sich zum Eide gar nicht gemeldet hat, dieses Gesuch somit als eine Widersetzung gegen das verspätete Antretungsgesuch noch nicht gelten kann. Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her in Erwägung, dass der Haupteid vom Kl. schon nach Ablauf der peremptorischen Frist angetreten worden ist; dass nach dem Hofdecrete vom 22. Mai 1847 (JGS. 1065) ein schon nach Verlauf des zum Antritte bestimmten peremptorischen Termins angetretene Beweis nicht zugelassen werden kann, sobald sich der Gegentheil demselben widersetzt, dieser Fall aber hier eingetreten ist, weil der Bel. schon unterm 4. April 1888 die Bitte gestellt hat, den betreffenden Haupteid eben deshalb, weil er nicht angetreten wurde, als nicht abgeschworen zu erklären und zu jener Zeit das Eidesantretungsgesuch des Kl. noch nicht eingebracht war; dass unter diesen Umständen die erstr. Zurückweisung der später eingebrachten Eidesantretung gesetzlich begründet war und die vom OLG. verordnete vorläufige Einvernehmung der Parteien als zwecklos und überflüssig sich darstellt, weil der Kl. schon in dem obigen Gesuche gegen die Eidesantretung Verwahrung eingelegt hat.

151.

Erstreckung der Eidestagfahrt über Ausbleiben des nicht persönlich vorgeladenen Schwurpflichtigen.

(E. 16. Jän. 1889, Z. 280.)

Zur Eidestagsatzung, von welcher der Schwurpflichtige B zu Handen seines Vertreters vorgeladen worden war, erschien der letztere und begehrte, indem er angab, dass er zwar seinen Clienten B von der Tagsatzung brieflich verständigt habe, hierüber jedoch einen Ausweis vorzulegen nicht in der Lage und es daher ungewiss sei, ob B von der Eidestagsatzung Kenntnis habe, um Tagsatzungserstreckung und persönliche Vorladung des B. Diesem Antrage wurde vom 1. R. stattgegeben. Auf den Recurs des Gegners wies das OLG. den gedachten Antrag ab und trug dem 1. R. auf, diesfalls das weitere Gesetzliche zu veranlassen; dies „in der Erwägung, dass bei dem Umstande, als der Vertreter des Kl. von der anberaumten Tagsatzung rechtzeitig verständigt wurde, über dessen einseitiges Begehren die Tagsatzung nicht zu erstrecken war, weil aus dem Ausbleiben seines Clienten von der Eidestagsatzung dem Gegner bereits Rechte erwachsen sind und hieran der Umstand nichts zu ändern vermag, dass der kl. Vertreter bei der Tagsatzung erklärte, keinen Ausweis über die Verständigung seines Clienten von dem Bescheide vom 25. Oct. 1888 in Händen zu haben.“

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, in der Erwägung, „dass es nach den von dem Vertreter des Kl. bei der Tagsatzung gemachten Ausführungen ungewiss war, ob der letztere von der Anberaumung dieses Termins Kenntnis erlangt habe und der 1. R. unter solchen Umständen allerdings gegründeten Anlass hatte, in Willfahrung des vom kl. Vertreter gestellten Begehrens eine neuerliche Tagfahrt zur Eidesablegung mit Veranlassung der persönlichen Vorladung des Kl. anzuordnen“.

152.

Unwirksamerklärung der Zwangsversteigerung eines aus mehreren Grundbuchskörpern bestehenden Guts.

(E. 28. März 1889, Z. 3289.)

Das aus acht Grundbuchskörpern bestehende, insgesammt auf 5215 fl. geschätzte Gut des B wurde am 14. Mai 1888 auf Betreiben des A wegen einer Forderung von 750 fl. zwangsweise versteigert und für sämmtliche Grundbuchskörper, welche verschiedenen Erstehern zugeschlagen wurden, ein Gesammtmeist-

gebot von 1593 fl. erzielt. Auf Einschreiten des B wurde diese Versteigerung gegen den Widerspruch des A und der Ersteher vom 1. R. (BG. Tolmein) im Sinne des § 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 im ganzen für unwirksam erklärt. Ueber Recurs des A und des C, des Erstehers des zweiten Grundbuchskörpers, änderte das OLG. Triest den erstr. Bescheid dahin ab, dass das Gesuch des B bezüglich der Grundbuchskörper II, V und VIII abgewiesen werde; im übrigen wurde der erstr. Bescheid bestätigt, dies in Erwägung, dass bei der am 14. Mai 1888 erfolgten Versteigerung die in Execution gezogenen Realitäten nach einzelnen Grundbuchskörpern feilgeboten wurden und die Grundbuchskörper II, V, VIII um einen den Drittheil des Schätzungswerts übersteigenden Meistbotspreis erstanden wurden; dass der durch den Verkauf der einzelnen unbeweglichen Güter erzielte Preis, keineswegs aber der Gesammtpreis sämmtlicher bei derselben Versteigerung in der nemlichen Executionssache verkauften Liegenschaften für die Beurtheilung maassgebend ist, ob im concreten Falle die Unwirksamerklärung der zwangsweisen Veräusserung gemäss § 18 des Ges. v. 10 Juni 1887 bewilligt werden könne; dass bezüglich der obbezogenen Liegenschaften das gesetzliche Erfordernis des einen Drittheil des Schätzungswerts nicht erreichenden Preises nicht vorliegt, demnach der vom Executen angestrebten Unwirksamerklärung der erfolgten Veräusserung nur in Ansehung der anderen bei der Versteigerung verkauften unbeweglichen Güter aus den dem angefochtenen Bescheide beigefügten, dem Gesetze und der Sachlage im wesentlichen entsprechenden Gründen stattgegeben werden konnte; dass somit der Recurs des C und derjenige des A, letzterer jedoch nur in Betreff der Grundbuchskörper V und VIII, weil er bezüglich dieser einen den Drittheil übersteigenden Anbot gemacht, gegründet erscheint.

Der OGH. stellte die erstr. E. zur Gänze wieder her, in Erwägung, dass zur zwangsweisen Versteigerung das unbewegliche, auf 5215 fl. bewertete Gut gestellt worden ist, daher nach § 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74) es sich nur um die Frage handeln konnte, ob für dieses Gut ein Preis geboten wurde, der nicht einmal einen Drittheil des Schätzungswerts erreicht und ob die Durchführung der Veräusserung des Guts das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen würde; dass somit, wenn auch das gedachte Gut acht Grundbuchskörper bildet und dieselben einzeln versteigert und veräussert worden sind, das für jeden einzelnen Grundbuchskörper erzielte Meistbot nicht in Betracht kommt, sondern nur der für das ganze Gut erzielte Preis zu berücksichtigen ist.

Cod.

153.

Voraussetzung für die sicherstellungsweise Sequestration (den Realarrest) im Sinne des § 389 wgGO.

(E. 14. März 1888, Z. 3089.)

Die vom 1. R. im Laufe des Rechtsstreits auf Ansuchen des Kl. bewilligte Sequestration der Fahrhabe des Gekl. wurde vom OLG. abgeschlagen. Der OGH. bestätigte die o. g. E., denn im Sinne des § 389 wgGO. kann zwar auch eine Sache, die der Kl. nicht anspricht, sondern der Belangte eigentümlich besitzt. jedoch nur in denjenigen Fällen sequestriert werden, in welchen der Arrest statthätte, somit nur dann, wenn der Schuldner der Flucht verdächtig ist (§ 366 wgGO.) und wenn der Kl. solche Urkunden beibringt, welche seine Forderungen vollständig erweisen oder wenigstens hinlänglich bescheinigen (§ 367 u. 368 wgGO.). In ersterer Beziehung werden von dem Kl. blos Vermutungen aufgestellt, welche als von einer beweishältigen Urkunde nicht unterstützt, nicht beachtet werden können. In zweiter Beziehung wird eine Abschrift des Buchauszugs bezogen, aber nicht angeschlossen, allein der Buchauszug kann als eine hinlängliche Bescheinigung eines Sicherstellungsmittels nicht angesehen werden. Wegen Mangel der gesetzlichen Erfordernisse wurde demnach mit Recht das Gesuch wegen Bewilligung der Sicherstellungsmittel zurückgewiesen.

154.

1. Nichtigkeit des über eine Anfechtungsklage, in welcher der Kläger sich mit einer Abfindung von nicht mehr als 50 fl. zu begnügen erklärt, eingeleiteten Summarverfahrens. — 2. Kostenpflicht des Klägers.

(E. 19. Dec. 1888, Z. 12786.)

Ueber eine von A wegen einer Forderung von 44 fl. 50 kr. gegen B, C und D erhobene Anfechtungsklage, betreffend den Verkauf mehrerer Liegenschaften, wurde trotz der in der Klage enthaltenen Erklärung, dass die Gekl. der Anfechtung durch Zahlung der kl. Forderung vorbeugen können, das Summarverfahren eingeleitet und in den beiden Instanzen durchgeführt. Auf die Revision des sachfälligen Kl. fand der OGH. die beiden unterger. U. sammt dem ganzen denselben vorausgegangenen Verfahren mit Einschluss des Klagsbescheids aufzuheben und den 1. R. anzuweisen, über die Klage das Verfahren nach dem Gesetze vom 27. April 1873 (RGB. 66) einzuleiten. Zugleich wurde erkannt, dass der Kl. den Gekl. die auf 45 fl. 66 kr. bestimmten Gerichtskosten erster und zweiter Instanz zu vergüten und die Gerichtskosten dritter Instanz selbst zu tragen habe: „in der Erwägung, dass, nachdem der Kl. in der Klage ausdrücklich erklärt hat, dass er als Abfindung für seinen Klagsanspruch den Betrag von 44 fl. 50 kr., respective 42 fl. 78 kr. anzunehmen bereit ist, über diese Klage nach der klaren Bestimmung des § 1 des Ges. v. 27. April 1873 (RGB. 66) das Bagatellverfahren einzuleiten war und der Anwendung dieses Gesetzes der Umstand, dass der Kl. mit dieser Klage zugleich die Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags vom 29. März 1886 und die in demselben erfolgte Zuweisung der Vorhilfen von je 200 fl. an B und D angefochten hat, nicht entgegenstehen kann, wie sich dieses aus der Bestimmung des § 49 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 36) unzweifelhaft ergiebt; in Erwägung, dass die Einleitung des Bagatellverfahrens in den nach dem Gesetze hiezu geeigneten Fällen gemäss § 1 des Ges. v. 27. April 1873 obligatorisch ist, und es an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt, welche den Parteien gestatten würde, von dieser Verfahrensart entweder ausdrücklich oder durch Unterlassung des Recurses gegen den über eine solche Klage ein anderes Verfahren einleitenden Bescheid stillschweigend abzugehen, und vorliegend auch der § 47 der JN. nicht zur Anwendung kommen kann, weil es sich nicht um die Unterwerfung unter ein anderes als das zuständige Gericht, sondern um die Art des bei dem zuständigen Gerichte einzuhaltenden Verfahrens handelt; in Erwägung, dass diesemnach im vorliegenden Falle den unterger. U. und dem denselben vorausgegangenen Verfahren eine Nullität anhaftet, die gemäss § 265 GO. von Amtswegen wahrgenommen werden muss und darüber auch nicht mit Rücksicht auf die Bestimmung der Resol. v. 31. Oct. 1785, Z. 489, lit. ooo, nicht hinausgegangen werden kann, weil den höheren Instanzen in Bagatellrechtsstreiten eine Entschädigung in der Sache selbst gar nicht zusteht; und in der Erwägung, dass der Kl., da er mit seiner Klage ein ungesetzliches Verfahren provociert und so den Gekl. Vertheidigungskosten verursacht hat, dieselben nach den §§ 24 und 26 des Ges. vom 16. Mai 1874 (RGB. 69) auch zu ersetzen verpflichtet ist.

155.

Unerheblichkeit der nach dem Bedeckungsanbringen (ConcO. § 63) erfolgten Löschung der Firma des Schuldners für die handelsgerichtliche Competenz zur Concurseröffnung.

(E. 16. Oct. 1888. GH. 9.)

Der OGH. verordnete die meritorische Erledigung des in den Vorinstanzen abgewiesenen Begehrens um Concurseröffnung, weil die erfolgte Löschung der Firma des Schuldners, wie sich aus dem Wortlaute des § 192 ConcO. ergiebt, im vorliegenden Falle, in welchem übrigens nach § 198 ConcO. vorzugehen gewesen wäre, belanglos erscheint, weil es an jedem Grunde für die Annahme fehlt, dass in der Zwischenzeit eine Abwicklung der Geschäfte im Sinne des § 192 ConcO. stattgefunden hat, und weil der Verstoss gegen die obenangeführte gesetzliche Bestimmung die Anwendung des § 16 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) notwendig macht.

E. Strafrecht und Strafprocess.

156.

Voraussetzung für die Zurechnung der criminellen Diebstahlstheilnehmung im Falle des § 186 b StG.

(E. 17. Aug. 1888, Z. 8287. Vors.: II. Präs. Dr. v. Stremayr; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; V.: Dr. Hornung.)

Die wegen Diebstahlstheilnehmung nach § 186 b StG. Angekl. wurde derselben nur in der Richtung des § 464 StG. schuldig erkannt. Dabei gelangte die Ansicht zur Geltung, es müsse im Falle des § 186 b StG. feststehen, dass sich der Theilnehmer dessen bewusst war, dass die zu mehrerenmalen verhehlten, an sich gebrachten, oder verhandelten Sachen zusammen bei dem Diebstahle den Betrag oder Wert von 25 fl. (bei der Veruntreuung von 50 fl.) übersteigen. Der CH., welcher der NB. der StA. stattgab, sprach sich hierüher nachstehends aus: „Die Annahme, dass zur Criminalität der Theilnehmung am Diebstahle nach § 186 lit. b StG. nebst dem den Betrag von 25 fl. übersteigenden Werte der zu mehrerenmalen verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten gestohlenen Gegenstände und nebst dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Handelns (nemlich dem bewussten Verhehlen u. s. f. gestohlener Sachen) auch noch der Umstand erforderlich sei, dass der Theilnehmer sich des 25 fl. übersteigenden Werts der Sachen bewusst war, ist rechtsirrtümlich. Die Ansicht des Gerichtshofs, dass sich die Notwendigkeit dieses letzteren Requisits aus der Bestimmung des § 186 a StG. ergebe, ist doppelt unrichtig; einmal, weil der Gerichtshof übersieht, dass die Bestimmungen des § 186 StG. darüber, unter welchen Voraussetzungen die Diebstahlstheilnehmung als Verbrechen zu strafen sei, wohl auf die dem § 186 lit. a und b vorhergehende Norm des § 185 StG. zurückzuführen sind. keineswegs aber selbst Definitionen der Theilnehmung enthalten, und dass daher eine Interpretation der Voraussetzungen der einen Qualification verbrecherischer Theilnehmung durch die Bedingungen der anderen unstatthaft ist; unrichtig aber auch deshalb, weil für die Criminalität der Theilnehmung nach § 186 a StG. nicht der Umstand, dass dem Theilnehmer der Wert des verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten Gegenstands bekannt gewesen sei, ausschlaggebend, sondern vielmehr nur der Umstand entscheidend ist, dass ihm, wenn es sich um einen Diebstahl handelt, der lediglich nach § 173 StG. verbrecherisch ist, der Wert des gestohlenen Gegenstands bekannt war. Dass die zu mehrerenmalen verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten Sachen zusammen beim Diebstahle den Betrag oder Wert von 25 fl. übersteigen, ist ein rein objectives Erfordernis. Der Zurechnungsmöglichkeit des objectiv vorliegenden Delicts ist Genüge geschehen, wenn feststeht, dass der Thäter von der Rechtswidrigkeit seines Handelns durchdrungen, dass er sich bewusst war, gestohlene Sachen zu verhehlen, an sich zu bringen, oder zu verhandeln; es wäre denn, dass erwiesen würde, seine Absicht sei bestimmt nur auf Verhehlung u. s. f. eines minderwertigen Gegenstands gerichtet gewesen und die That wäre unterlassen worden, wenn er sich des höheren Werts der verhehlten, an sich gebrachten oder verhandelten Sache bewusst gewesen wäre — eine Eventualität, welche jedoch in dem gegebenen Falle nicht festgestellt ist. War aber der nach dem österreichischen Strafgesetze beim Diebe und beim Theilnehmer stets zu präsumierende eventuelle Dolus, sich aus der widerrechtlichen Handlung soviel als möglich zuzueignen, in der letztgedachten Weise nicht beschränkt, dann richtet sich die Straffälligkeit des Theilnehmers nach § 186 b StG., wie die des Diebes, nach jenem Werte der Sache, der für die Berechnung des Schadens des Bestohlenen im § 173 StG. statuiert ist.“

157.

Unerheblichkeit des Mangels des förmlichen Beschlusses auf Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens beim Vorhandensein der materiellen Bedingungen der Wiederaufnahme.

(E. 18. Oct. 1888, Z. 7450. Vors.: Hofr. Wieser; GP.: OLGR. v. Ruber; V.: Dr. Neuda.)

Gründe: .... Belangend den Nichtigkeitsgrund der Z. 9 b des § 281 StPO., so will die Beschwerde denselben darin wahrnehmen, dass nach den Fest-

stellungen des Hauptverhandlungsprotokolls die strafgerichtlichen Erhebungen gegen den Angeklagten im Oct. 1886 eingeleitet wurden, dass derselbe am 6. Febr. 1887 zum erstenmale als Beschuldigter vernommen, am 17. März das Strafverfahren gegen ihn nach § 90 StPO. eingestellt, über Antrag der Staatsanwaltschaft aber am 13. Juli 1887 ohne die im § 352 ff. StPO. vorgesehenen Förmlichkeiten wieder aufgenommen wurde, und dass, da auch das fortgesetzte Verfahren die materiellen Bedingungen des § 352 ff. StPO. nicht ergab, die Verurtheilung des Angeklagten mit Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem erfolgte. Diese Ausführungen sind zunächst dahin richtigzustellen, dass L vor der am 17. März 1887 erfolgten Einstellung des Verfahrens nur in Bezug der Bewucherung an P als Beschuldigter einvernommen wurde. Für die Beurtheilung der angeregten Frage kommt demnach nur der Bewucherungsfall des P in Betracht; bezüglich dieses Falles hätte allerdings bei Bedachtnahme auf die Bestimmung des § 38 Abs. 2 StPO. in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 352 und 364 Z. 1 StPO. die Fortsetzung der Untersuchung nur unter den Bedingungen des Wiederaufnahmsverfahrens stattfinden sollen. Gleichwohl kann aber in der Ausserachtlassung dieser Anordnungen eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem nicht erblickt werden, da sich aus dem Vernehmungsprotokolle des P ergiebt, dass erst dessen im fortgesetzten Verfahren am 28. Juli 1887 erfolgte wiederholte Vernehmung das Materiale lieferte, um die Creditgewährung an denselben als Ausbeutung seiner Notlage erkennen zu lassen. Die materiellen Voraussetzungen zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens waren demnach vorhanden und wurden nach erfolgter Einstellung der Erhebungen beschafft; es kann somit die Nichtbeobachtung der für die Wiederaufnahme vorgeschriebenen Förmlichkeiten den Ausspruch nicht zur Folge haben, dass die Verfolgung aus Gründen des Processrechtes ausgeschlossen sei.

158.

Unerheblichkeit der nach der Genesung des Verletzten durch dessen schuldbares Verhalten oder zufällig erneuerten Gesundheitsstörung für die Straffälligkeit des Verletzers.

(E. 18. Oct. 1888, Z. 8980. — Vors.: Hofr. Wieser, GP.: OLGR. Dr. v. Ruber.)

Gründe: Die StA. ist zwar im Rechte, wenn sie unter Berufung auf die Norm des § 134 StG. behauptet, dass selbst Handlungen, die einer Culpa des Beschädigten zugeschrieben werden müssen, den causalen Zusammenhang zwischen den Folgen einer Beschädigung und dieser selbst aufzuheben nicht vermögen, und dass dem Beschädiger gegenüber selbst solche Handlungen und Unterlassungen des Beschädigten als casuelle anzusehen seien. Allein dieser Grundsatz leidet dann keine Anwendung, wenn feststeht, dass das Folgeübel der Beschädigung bereits zur Gänze behoben, der durch sie gestörte Zustand der Integrität des Körpers wieder hergestellt, die Hinderung, dem gewohnten Berufe nachzugehen, infolge voller Gesundung aufgehört hat und später infolge, sei es casueller oder culposer Handlungen des Verletzten, eine neuerliche Erkrankung eintritt. Dass dies aber im concreten Falle zutraf, hat der GH. — ob mit Recht oder Unrecht, mag dahingestellt bleiben — als erwiesen angenommen und deshalb war der NB. der StA. keine Folge zu geben.

159.

427. 1. Zulässigkeit der Sonderung des von der Anklage als ein Ganzes behandelten Sachverhalts in mehrere dem Strafgesetze selbständig zu unterstellende Thatbestände (§ 267 StPO.). — 2. Concurrenz der im § 155 StG. erwähnten leichten Verletzung mit der Uebertretung des § 411 StG.?

(Cass.-E. 15. Dec. 1888, Z. 11036. Vors.: Hofr. Dr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Die Anklage belangte den Simon S wegen Verbrechens der schweren körperlichen Beschädigung nach § 155 StG., begangen dadurch, dass er in der Absicht, einen der im § 152 StG. erwähnten schweren Erfolge herbeizuführen,

den Anton U wiederholt mit einem schneidenden Werkzeug traf, so dass er demselben an der linken Brustseite zwei Verletzungen beibrachte, die zwar an sich leicht waren, jedoch mit einem solchen Werkzeuge und auf solche Art unternommen wurden, womit gemeiniglich Lebensgefahr verbunden ist. Von dem zur Entscheidung berufenen KG. Rovigno wurde der Angekl. schuldig erkannt: 1. des Verbrechens der versuchten schweren körperlichen Beschädigung nach den §§ 152 und 155 StG., begangen dadurch, dass er in der Absicht, einen der im § 152 StG. erwähnten schweren Erfolge herbeizuführen, gegen Anton U die mit einem Dolche bewehrte Hand erhob, um ihn an der linken Brustseite zu treffen, wodurch er eine zur wirklichen Ausübung führende, aber wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses nicht bis zur Vollbringung des Verbrechens gelangende Handlung unternahm und 2. der Uebertretung gegen die körperliche Sicherheit nach § 411 StG., da er gelegentlich der unter 1 erwähnten Handlung dem Anton U an der linken Brustseite zwei leichte, von sichtbaren Merkmalen und Folgen begleitete Verletzungen thatsächlich beibrachte. Zum Urtheilspunkte 2 wird in den Entscheidungsgründen lediglich bemerkt: „Belangend aber die zwei leichten Verletzungen, so hat der Gerichtshof sie als eine von der früheren abgesonderte That angesehen und als Uebertretung des § 411 StG. behandelt.“ Die NB. ficht das U. in der Richtung der Ziffer 8 des § 281 StPO. an, weil die Anklage nur wegen der wirklich zugefügten Körperverletzungen erhoben wurde, während jene Handlung, welche der 1. R. für sich allein dem § 155 a StG. unterstellt, nemlich das Erheben der mit einem Dolche bewaffneten Hand zum Stosse gegen die linke Brustseite des Verletzten — an sich einen Gegenstand der Anklage nicht abgegeben hat. Der Cassationshof verwarf die Beschwerde unter amtswegiger Aufhebung des bezüglich der Uebertretung des § 411 StG. gefällten Schuldspruchs.

Gründe: Grundhältig kann nicht bestritten werden, dass in den Worten der Anklage, „der Angekl. sei mit einer Stichwaffe gegen Anton U vorgegangen,“ die That, „er habe gegen diesen den Dolch gezückt, um ihn schwer zu verletzen,“ deren ihn das Urtheil schuldig erkennt, mitinbegriffen sei. Darin aber, dass der erkennende Gerichtshof die von der Staatsanwaltschaft als ein Ganzes zur Anzeige gebrachte That getheilt, dieselbe, statt nach der in der Anklage beantragten Qualification des ersten Theils der lit. a des § 155 StG., nach dem zweiten Theile dieser Gesetzstelle beurtheilt und die zwei leichten Verletzungen unter einem besonderen Gesichtspunkte gewürdigt hat, lässt sich sicherlich eine Ueberschreitung der Anklage ebensowenig finden, als deshalb behauptet werden kann, dass für die That, deren der Angekl. schuldig erkannt wurde, die Anklage fehle. Der Gerichtshof ist nach § 267 StPO. an die Anträge des Anklägers nur insoweit gebunden, dass er den Angeklagten nicht einer That schuldig erklären kann, auf welche die Anklage weder ursprünglich gerichtet, noch während der Hauptverhandlung ausgedehnt wurde, und die Anwendung des Gesetzes auf die durch die Anklage bezeichnete That ist Sache des Richters, welcher dabei nicht an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden ist.

Im Sinne des § 290 StPO. ist jedoch die Frage von amtswegen zu prüfen, ob nicht das Strafgesetz zum Nachtheile des Angekl. unrichtig angewendet worden sei (§ 281 Z. 10 StPO.). Dies ist in der That insofern der Fall, als die vom Angekl. dem Beschädigten zugefügten Verletzungen neben dem Verbrechen nach § 155a StG. noch abgesondert als Uebertretung nach § 411 StG. zugerechnet worden sind. Sobald der Gerichtshof festgestellt hat, dass die beiden leichten Verletzungen dem Beschädigten mit der Absicht zugefügt worden sind, denselben körperlich schwer zu verletzen, diese Absicht des Angekl. aber dadurch vereitelt wurde, dass es dem Beschädigten gelang, den Arm des Angekl. aufzuhalten, erscheint es unrichtig, dem Angekl. ausser dem Verbrechen nach § 155 a StG. auch überdies die Uebertretnng des § 411 StG. zur Last zu legen. Denn die mit der erwähnten Absicht (körperlich schwer zu verletzen) erfolgte Zufügung der leichten Verletzungen fällt ausschliesslich unter die Sanction des § 155a StG., was in dieser Gesetzesstelle klar ausgedrückt wird in den Worten „die obgleich an sich leichte Verletzung“. Es fehlt sonach für die Uebertretung des § 411 StG. an einem selbständigen Thatbestande, indem derjenige Thatbestand, den der Gerichtshof festgestellt hat, in seiner Gänze durch die strafrechtlichen Bestimmungen des § 155a StG. gedeckt ist.

160.

425. 1. Vorbereitung oder Versuch? — 2. Begriff der Verunehrung einer zum Gottesdienste gewidmeten Sache (§ 175 I a StG.).

(Cass.-E. 21. Dec. 1888, Z. 12275. Vors.: Hofr. Dr. v. Harrasowsky; GP.: GA. Dr. Schrott)

Gründe: Die vom Angekl. angebrachte NB. macht in erster Reihe den Nichtigkeitsgrund des § 281/9 StPO. geltend, weil die von dem Gerichtshofe seinem U. zugrunde gelegte That die Merkmale eines verbrecherischen Versuchs nicht an sich trage. Dieser Nichtigkeitsgrund ist nicht gegeben. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass sich Angekl. am Morgen des 6. Aug. 1888 in die (unversperrte) Sacristei der Christuskirche in Capodistria einschlich und, nachdem er sich überzeugt hatte, dass niemand zugegen sei, auf einen silbernen Kelch zuschritt, den er auf einem Kasten wahrnahm, offenbar mit der Absicht, ihn zu entwenden und sich zuzueignen, dass aber der Angekl. an der Ausführung seines Vorhabens durch das unerwartete Erscheinen eines Zeugen gehindert worden sei. Diese Handlung trägt alle Merkmale des versuchten Diebstahls an sich; denn nach den Annahmen des Gerichtshofs stellte sich in der Thätigkeit des Angekl. seine auf Verübung des Diebstahls gerichtete Absicht in äusserlich erkennbarer Weise dar, und der Angekl. hatte eine zur wirklichen Ausübung des Verbrechens führende Handlung unternommen, dessen Vollbringung nur wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses (des Erscheinens des Zeugen) unterblieb. Zwar behauptet die NB., das blosse Umhergehen des Angekl. in der Sacristei hätte, wenn nicht andere Handlungen nachgefolgt wären, niemals zur Ausführung des Diebstahls führen können; erst wenn der Angekl. den Kelch ergriffen hätte, läge eine zur Ausführung des Verbrechens führende Handlung vor. Die NB. beachtet aber dabei nicht den vom Gerichtshofe festgestellten Causalzusammenhang zwischen der Anwesenheit des Angekl. in der Sacristei, bez. zwischen dessen gegen den Kelch gerichteter Bewegung und seiner Absicht, sich des Kelches zu bemächtigen — ein Zusammenhang, welcher der vom Angekl. unternommenen Handlung, weil auf Entwendung des Kelches gerichtet, den Charakter einer Versuchshandlung aufprägt. Wurde doch erkannt, dass auch Handlungen, die von der wirklichen Vollbringung des Verbrechens noch viel weiter entfernt sind, als die vorliegend festgestellte — z. B. das Bestreben, in jene Räumlichkeit einzudringen, wo sich das zu stehlende Object befindet — schon als Versuchshandlungen sich darstellen. Umsoweniger kann das Vorhandensein eines Versuchs im vorliegenden Falle bezweifelt werden, in welchem der Angekl. der wirklichen Vollbringung des Verbrechens, sowohl räumlich als zeitlich, ganz nahe war. Da sich also in dem vom Gerichtshofe festgestellten Thatbestande alle Merkmale eines verbrecherischen Versuchs im Sinne des § 8 StG. vorfinden, ist der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund des § 281/9 StPO. als bestehend nicht zu erachten.

Dagegen erscheint die NB. begründet, insoferne sie den § 281/10 StPO. gegen die dem U. zugrunde liegende Qualification des versuchten Diebstahls nach § 175/I a StG. zur Geltung bringt. Allerdings kann nicht zweifelhaft sein, dass ein zur Feier des Messopfers in einer katholischen Kirche bestimmter Kelch, eine „unmittelbar zum Gottesdienste gewidmete Sache“ im Sinne des citierten Absatzes des StG. sei. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass nicht schon jeder Diebstahl einer solchen Sache an und für sich verbrecherisch ist, sondern dass nur jener Diebstahl einer unmittelbar zum Gottesdienste gewidmeten Sache der Bestrafung nach § 175 I a StG. unterliegt, welcher mit einer „den Religionsdienst beleidigenden Verunehrung“ verbunden ist. Die Art nun, wie der Gerichtshof seine Ansicht vom Vorhandensein dieses letzteren Thatbestandmerkmals begründet, erscheint dem Gesetze nicht entsprechend. Es erklärt sich aus der Natur des Versuchs, dass die Thatsache einer vom Angekl. am Kelche wirklich vorgenommenen beleidigenden Verunehrung nicht festgestellt ist. Der Gerichtshof nimmt aber an, dass eine solche Verunehrung der Entwendung des Kelchs nachgefolgt wäre (profanazione che sarebbe seguita all' asporto), ohne jedoch irgendwie anzudeuten, welche concrete Thätigkeit der Gerichtshof diesfalls als möglicherweise in der Absicht des Angekl. liegend, erachtet habe, so dass es dem Cassationshofe auch nicht möglich ist, auf Grund dieser Feststellung die Rechtsfrage, um die es sich hier handelt, zu überprüfen.

Es ist also nur festgestellt (§ 258 StPO.), dass der Angekl. einen Kelch aus der Sacristei zu stehlen versuchte; es fehlt aber an jeder weiteren Feststellung, welche dem Qualificationsmerkmale der „beleidigenden Verunehrung“ im Sinne des § 175 I a StG. entsprechen würde. Denn, dass schon das zur Ausführung des Diebstahls unvermeidliche Angreifen des Kelchs durch den Dieb an sich die vom Gesetze vorgesehene beleidigende Verunehrung darstelle, lässt sich grundhältig nicht behaupten. Gerade der Umstand, dass das Gesetz die „den Religionsdienst beleidigende Verunehrung“ im § 175 I a StG. ausdrücklich hervorhebt, lässt erkennen, dass es dieselbe nicht schon mit jedem Diebstahl einer zum Gottesdienste geweihten Sache als notwendig verbunden ansieht.[1] Allerdings kann es Fälle geben, in denen schon die Art der Verübung des Diebstahls die „beleidigende Verunehrung“ begründet. So liegt aber der vorliegende Fall nicht; der zu stehlende Kelch war leer; durch die blosse Berührung desselben seitens des Diebes wäre eine Profanation des Kelchs in dem Sinne, welchen das Gesetz mit den Worten: „beleidigende Verunehrung“ (profanazione insultante il divino culto) verbindet, nicht erfolgt.

161.

Unerheblichkeit der nachträglichen Zustimmung der Verletzten für die Zurechenbarkeit der Entführung.

(E. 11. Jän. 1889, Z. 12226. Vors.: Hofr. Dr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

P unterhielt seit längerer Zeit ein Liebesverhältnis mit M. Gemeinschaftlich mit seinem (gleichnamigen) Vater überredete er sie unter der Zusagung der Ehe und von Vermögensvortheilen, das Elternhaus heimlich zu verlassen und zu ihm zu ziehen. M wusste am bestimmten Tage durch Vorwände ihre Eltern aus der Wohnung zu entfernen und benützte die Abwesenheit derselben, um sich mit Hab und Gut dem P und seinem Vater anzuschliessen, welche sie in P's Haus geleiteten. Als sich am nächsten Morgen der Vater der Entführten daselbst einfand und seine Tochter wegführen wollte, bewog ihn P Vater durch Versprechungen, von diesem Vorhaben abzustehen. Mehr als ein Jahr nachher wurde jedoch M unverehelicht ihren Eltern zurückgeschickt, worauf die Strafanzeige erstattet worden ist. Vom KG. Rovigno des Verbrechens der Entführung schuldig erkannt, bestreiten die Verurtheilten in ihrer nach § 281/9 a StPO. ausgeführten NB., dass das Delictsmerkmal der List auf den Anklagefall zutreffe und sie behaupten auch, dass M der Macht ihrer Eltern überhaupt nicht entzogen worden sei, da ihr Vater von ihrem Aufenthalte alsbald Kenntnis erlangte und sie freiwillig daselbst beliess. Die NB. wurde verworfen. Gründe: Nach den Feststellungen des U. haben die Angekl. P Vater und Sohn mit M vorgängig deren Flucht aus dem väterlichen Hause verabredet; P Sohn begab sich in's Haus der M, um sie von dort abzuholen, auf dem Wege erwartete sie P Vater und gemeinschaftlich führten beide sie in's eigene Haus mit der erklärten Absicht, sie bleibend dort zu behalten, um sie dem Schutzbereiche ihrer Eltern zu entziehen. Es liegt somit eine thatsächliche, durch positive Handlungen in Erscheinung gebrachte Beförderung der von M aus dem Elternhause in's Haus der P unternommenen Flucht und somit jener Thatbestand vor, welchen das Gesetz bei Fällen der Entführung Einwilligender voraussetzt. Das Element der „List“, das zum Thatbestande des

---

[1] Der Vertreter der GP. bemerkte zu diesem Punkte: Die Parallelstelle im § 122 b StG., wo von „entehrender Misshandlung an den zum Gottesdienste gewidmeten Gerätschaften“ die Rede ist, zeigt, dass auch die im § 175 I a StG. gebrauchten Worte: „eine den Gottesdienst beleidigende Verunehrung an einer unmittelbar zum Gottesdienste gewidmeten Sache“ sich auf „eine mit dem Geräte vorgenommene, der kirchlichen Bestimmung desselben widerstreitende Handlung“ beziehen, „die, wenn sie bekannt würde, dadurch dessen ferneren Gebrauch zum heiligen Zwecke ohne Aergernis unmöglich macht“ (Jenull zu § 107 des StG. v. Jahre 1803). — Auch die Theresiana (Art. 95) bedroht in ihren ausserordentlich strengen Bestimmungen über Kirchendiebstahl im § 6 mit der schwersten Strafe nur den „Diebstahl von Monstranzen oder Kelchen, wo das hochheilige Sacrament darin ist“, während der „Diebstahl gottgeweihter Sachen, als leerer Kelche . . ., ohne Verunehrung des heiligen Sacraments“ weit milder behandelt wird. Das josefinische und westgalizische StG. bieten für die vorliegende Frage keine Ausbeute, weil diese beiden Gesetzbücher nur den Diebstahl „an einem gottgeweihten Orte“ (nicht an den zum Gottesdienst bestimmten Sachen) als einen qualificierten kennen.

Verbrechens der Entführung ebenfalls erfordert wird, findet sich in jenem Theile der thatsächlichen Feststellungen dargestellt, in welchem davon die Rede ist, dass die Entfernung der M aus dem Elternhause in heimlicher Weise (clandestinamente) besprochen und ausgeführt worden ist. Die beiden Angekl. wussten, die M werde sich hinter dem Rücken ihrer Eltern vom Hause entfernen, sie bauten auf diese Heimlichkeit ihren Plan und leisteten der M zur heimlichen Entfernung aus dem Elternhause Hilfe. In dieser Handlungsweise verkörpert sich schon das gesetzliche Merkmal der List.[1] Der Thatbestand der Entführung war mit der Entfernung der M aus dem Elternhause und der Unterbringung derselben bei P vollendet. Das nachfolgende Verhalten ihrer Eltern vermochte auf den Bestand dieser Delictsmerkmale keinen weiteren Einfluss zu üben. Dies gilt insbesondere auch von dem Benehmen des M, Vaters der Entführten, am Morgen nach der That. Wie der Gerichtshof feststellt, liess sich derselbe unter dem Drucke der Thatsache, dass seine Tochter bereits eine Nacht im Hause P zugebracht hatte, durch Versprechungen des P Vater von sofortiger Erstattung der Anzeige abhalten. Auch diese Thatsache bleibt für die Qualification der vorhergegangenen strafbaren Thätigkeit der Angeklagten gleichgiltig. Aus diesen Gründen war die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen.

162.

424. Berechnung des einem Gastwirte durch betrügerisches Entlocken von Kost und Quartier zugefügten Schadens. Entgang des geschäftsüblichen Gewinns (§§ 197 und 200 StG.).

(E. 18. Jän. 1889, Z. 12761. — Vors.: SP. Dr. Habietinek; GP.: R. v. Cramer.)

Gründe: Die Urtheilsgründe legen dem Angekl. zur Last, dass er unter den Voraussetzungen des § 197 StG. die borgweise Gewährung von Kost und Quartier im Gasthause des K erschlich; sie constatieren, dass Letzterer aus diesem Anlasse 30 fl., wovon beiläufig 20 fl. auf die Verköstigung und 10 fl. auf die Beherbergung entfielen, als Schadenersatz beansprucht; sie lehnen jedoch ab, den zugefügten Schaden, über welchen nach Annahme des 1. R. die Schädigungsabsicht des Angekl. nicht hinausreichte, mit einem 25 fl. übersteigenden Betrage (§ 200 StG.) festzustellen. Ausschlag dafür gab das Zugeständnis des Beschädigten, dass in dem für die Kost aufgerechneten Betrage von 20 fl. ein bürgerlicher Gewinn von 5 fl. enthalten sei, und dass Mangels einer Nachfrage nach Zimmern das vom Angekl. bezogene Zimmer, hätte es dieser nicht bewohnt, unbenützt geblieben wäre, während der Aufwand für Bettwäsche, Reinigung des Zimmers und dergl. nur nur auf beiläufig 3 fl. veranschlagt werden könne. Vermöge der Rechtsansicht, dass entgangener Gewinn nicht im Begriffe des Schadens liege, wurde daher der Angekl. nur der Uebertretung des Betrugs nach § 461 StG. schuldig erkannt. Allein die Rechtsirrtümlichkeit des erstr. Standpunkts liegt zutage. Denn der bürgerliche, d. i. geschäftsübliche Gewinn, ohne welchen die gewerbsmässige Verabfolgung von Speisen und Getränken nicht gedacht werden kann, bildet zweifellos ein dem Verkehrswerte derselben inhärierendes Element und das Benützen eines Zimmers in einem Gasthause durch den Gast beruht auf einem entgeltlichen Vertrage, bei welchem im Preise des Zimmers der geschäftsübliche Gewinn des Gastwirts schon begriffsmässig mitenthalten erscheint, zumal auch Vereitelung eines zu erwartenden Gewinns in den Bereich des strafrechtlich relevanten Schadens fällt, sobald ein Anspruch auf diesen Gewinn bereits erworben war. Für den gegebenen Fall braucht daher nicht erst des an sich irrelevanten Umstandes gedacht zu werden, dass weder vorliegt, noch auch behauptet werden kann, der Beschädigte sei ausserstande gewesen, die vom Angekl. entlockten Lebensmittel anderweitig entsprechend zu verwerten; und dass mit dem Beziehen des vom Angekl. benützten Zimmers der Anspruch auf Entgelt für den Beschädigten begründet war, unabhängig davon, ob zu derselben Zeit ein Vermieten des Zimmers an irgend einen anderen Gast erfolgen konnte oder nicht, lässt sich grundhältig

[1] Im gleichen Sinne: E. 9. Dec. 1881, Z. 9871, Samml. Nr. 383; 15. April 1882, Z. 14838, und 9. Nov. 1888, Z. 9491; vgl. auch E. 28. Dec. 1883, Z. 10238, Samml. Nr. 607.

nicht in Frage stellen. Diese Erwägungen bringen zur Evidenz, dass der verübte Betrug dem Angekl. im Grunde des § 200 StG. als Verbrechen zuzurechnen ist. Der auf § 281, Z. 10 StPO. gestützten NB. der StA. war somit Folge zu geben.

163.

Erheblichkeit des Inhalts der Aussage als Voraussetzung des Verbrechens der falschen Zeugenaussage?

(E. 24. Jän. 1889, Z. 12320. — Vors.: SP. Dr. Habietinek; GP.: GA. Dr. Schrott; V.: Dr. Holzinger.)

Gründe: In der Beschwerde werden gegen das U. die Nichtigkeitsgründe der Absätze 9 a und b des § 281 StPO. zur Geltung gebracht. Aus dem Gesichtspunkte des Abs. 9 a enthält die Beschwerde zum Theil eine Anfechtung der thatsächlichen Feststellungen des Erkenntnisgerichts. Es ist dies dort der Fall, wo dieselbe ausführt, der Angekl. habe ohne böse Absicht, nur wegen mangelhafter Erinnerung an den Vorfall falsch ausgesagt, während doch die Urtheilsgründe jeden Zweifel darüber beheben, dass der Gerichtshof die Ueberzeugung gewonnen habe, der Angekl. habe wissentlich falsch ausgesagt. Ist aber zum Verbrechen des Betrugs durch falsches Zeugnis zweifellos dolus erforderlich, so dass dieses Verbrechen nicht vorliegt, wenn die falsche Aussage auf Irrtum beruht, mag dieser aus Vergesslichkeit oder einer anderen Ursache entspringen, so entspricht anderseits die zur Darstellung des Verbrechens erforderliche böse Absicht dem Bewusstsein der Falschheit der Aussage. Weiter zu prüfen und die Bestrafung der falschen Aussage, wie es die NB. begehrt, sowohl von der Erheblichkeit derselben, als von der Kenntnis dieser Erheblichkeit auf Seite des Zeugen abhängig zu machen, widerspricht dem Gesetze. Aufgabe und Pflicht des Zeugen ist es, vor Gericht die Wahrheit zu auszusagen. Die Verwertung dieser Aussage ist Sache des Richters. Schon der Umstand, dass der Richter die Aussage einholt und entgegennimmt, muss es dem Vernommenen klar machen, dass sein Zeugnis für die Entscheidung der Sache jedenfalls von Einfluss sein kann, dass daher die Falschheit des Zeugnisses eine mindestens abstracte Gefährdung der staatlichen Rechtspflege in sich schliesst. Wollte man dem Zeugen die Straflosigkeit für falsche Angaben betreffs aller jener Umstände zugestehen, deren Unerheblichkeit er mit Recht oder Unrecht annimmt, so wäre die Strafbarkeit des Betrugs durch falsches Zeugnis und damit die Rechtssprechung, soweit sie auf Zeugenaussagen beruht, in jedem Falle geradezu in Frage gestellt, denn der Beweis, dass der Zeuge sich der Erheblichkeit seiner Aussage bewusst gewesen sei, wäre allerdings in vielen Fällen kaum zu erbringen. Dabei ist noch zu erwägen, dass die Frage der Erheblichkeit eines Zeugnisses keine in abstracto feststehende ist, dass es zur Zeit der Abgabe des Zeugnisses selbst für den Richter oft noch gar nicht erkennbar ist, ob und welchen Einfluss dasselbe auf die Entscheidung der Sache üben wird und dass die Würdigung der Erheblichkeit eines Zeugnisses bei der endlichen Entscheidung der Sache im innigten Zusammenhange mit der Ansicht steht, von welcher bei Beurtheilung des Falls ausgegangen wird.

Unzutreffend erscheint insbesondere auch die Berufung auf § 170, Z. 7 StPO. Mit Unrecht will man aus der in dieser Gesetzesstelle gemachten Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Umständen die Folgerung ableiten, ein bewusst falsches Zeugnis über unwesentliche Umstände sei nicht strafbar. Denn nach ihrer Stellung und ihrem Zwecke kann diese Gesetzesstelle zur Erläuterung des § 199 a StG. betreffs der hier angeregten Frage überhaupt nicht in Betracht kommen. Nach ihrer Stellung nicht, weil sie zur StPO. gehört, die nicht bestimmt ist, materielles Strafrecht zu setzen; nach ihrem Zwecke nicht, denn sie enthält nicht mehr als eine Anweisung für den Richter, zunächst für den Untersuchungsrichter, wie er sich bei vorkommenden Widersprüchen in Zeugenaussagen zu benehmen habe, um die Abnahme falscher Zeugeneide thunlichst zu vermeiden. Dabei geht das Gesetz offenbar von der Erfahrungsthatsache aus, dass eine volle Uebereinstimmung aller in einer Strafsache vernommenen Zeugen, auch in den Nebenpunkten, überhaupt selten zu erreichen ist, dass aber deshalb der Verdacht noch keineswegs begründet erscheint, es liege auf Seite des

einen oder des anderen Zeugen eine bewusst falsche Aussage vor. Unrichtige oder ungenaue Wahrnehmung, Irrungen und Schwierigkeiten bei Wiedergabe des Wahrgenommenen dem Richter gegenüber und ähnliche Umstände vermögen die objective Wahrheit der Zeugenaussage zu beeinflussen, ohne dass deshalb schon eine subjectiv (bewusst und gewollt) falsche Aussage — die allein den Zeugen im Sinne des § 199 a StG. straffällig zu machen vermag — vorläge. Das Gesetz (§ 170, Z. 7 StPO.) weist nun den Richter an, über Widersprüche dieser Art. die unwesentliche Umstände betreffen, hinwegzugehen, bei Widersprüchen in wesentlichen Umständen aber zwischen den Aussagen der Zeugen und den sonst erwiesenen Thatsachen den Zeugen zunächst zur Aufklärung anzuhalten und ihn nur dann zu beeiden, wenn er in der Lage ist, einen Irrtum nachzuweisen. Diese Bestimmung entspricht vollkommen der Natur der Sache und der Stellung des Untersuchungs-, event. Verhandlungsrichters; der Natur der Sache entspricht es, dass eine wissentliche Unrichtigkeit der Zeugenaussage viel eher betreffs wesentlicher (wichtiger) als unwesentlicher Umstände sich ergiebt; der vernehmende Richter aber hat sich ex professo mit der Frage, ob der Zeuge bewusst wahr oder falsch ausgesagt habe, nicht zu befassen, dies würde ihn zu weit von seiner eigentlichen Aufgabe entfernen; ihn berührt zunächst nur die objective Wahrheit oder Unwahrheit der Aussage. Die Cognition über diese Frage ist eventuell einem späteren Zeitpunkte vorbehalten. Von dem mit Vernehmung der Zeugen befassten Richter verlangt aber das Gesetz auch nicht einen Spruch über diese Frage; es weist denselben nur an, bei erwiesener, nicht auf blossen Irrtum zurückführbarer Unwahrheit der Zeugenaussage in wesentlichen Punkten mit der Beeidigung innezuhalten; damit ist aber weder gesagt, dass eine falsche Aussage unter allen Umständen unter § 199 a StG. falle (dies zu erweisen, ist Sache der allenfalls zu erhebenden Anklage), noch aber auch, dass bewusste Unwahrheiten, deren sich der Zeuge in nicht wesentlichen Punkten schuldig macht, nicht das Verbrechen des § 199 a StG. begründen. Im Gegentheil bietet der für diese Frage viel maassgebendere § 277 StPO. bei Besprechung der Behandlung des Zeugen, bezüglich dessen sich aus der Hauptverhandlung mit Wahrscheinlichkeit ergiebt, dass er wissentlich falsch ausgesagt habe, nicht den geringsten Anhaltspunkt für die Unterscheidung, ob diese wissentlich falsche Aussage wesentliche oder unwesentliche Punkte betrifft. Hat sonach der Zeuge das Bewusstsein gehabt, falsch vor Gericht ausgesagt zu haben, so bedarf es zu seiner Bestrafung nicht auch des weiteren Beweises der Erheblichkeit der als falsch erwiesenen Umstände und des Bewusstseins des Angeklagten davon.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

20. Wer trägt die Gefahr für den über Auftrag des Adressaten abgesendeten Geldbrief auf dem Wege vom Comptoir des Absenders zur Post?

Vgl. Bd. II Nr. 247; Bd. III Nr. 209.

Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht von der unrichtigen Ansicht ausgeht, das bekl. Bankhaus habe seiner Verpflichtung aus der Annahme des Zusendungsauftrags schon dadurch genügt, dass es sich, um den Geldbrief zur Post zu geben, in geschäftsüblicher Weise eines seit 13 Jahren bei ihm zu solchen Zwecken angestellten Cassenboten bediente, und es brauche nur zu beweisen, dass diesem Cassenboten das Geld zur Einlegung in den Brief übergeben, und der mit 10000 Mk. declarierte Brief dann nach Ausweis des Posteinlieferungsbuchs der Post eingeliefert sei, wogegen Kl. um mit seinem Anspruch durchzudringen, dann zu beweisen habe, dass bei Einlieferung des Briefs zur Post die 10000 Mk. nicht in denselben enthalten waren. Allerdings kann von einem Bankier nicht verlangt oder erwartet werden, dass er jeden Geldbrief persönlich einpackt und zur Post bringt. Uebernimmt er aber den Auftrag, Geld mit der Post zu übersenden, so übernimmt er damit die Verpflichtung, diese Uebersendung zu bewirken, und ihn trifft bei dem

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.



Streit darüber, ob dies geschenhen ist, in vollem Umfange die Beweislast, dass das Geld — sei es nun durch ihn selbst oder durch seine Leute — wirklich der Post übergeben ist, ohne dass er sich hiervon durch den blossen Beweis befreien könnte. das Geld seinen Geschäftsgehilfen behufs der Uebersendung übergeben und bei deren Auswahl und Ueberwachung die erforderliche Sorgfalt beobachtet zu haben. Mit Recht beruft sich der Kl. hierfür auf die Analogie der Bestimmungen der Art. 344 und 345 des Hgb.: Soweit derjenige, welcher den Auftrag zur Uebersendung von Geld mit der Post angenommen hat, die zur Bewirkung derselben erforderlichen Handlungen dritten Personen überlässt, übernimmt er stillschweigend die Haftung für diese Personen. Die Ansicht, dass er für ein Versehen oder für die Untreue der von ihm zur Ausführung des Auftrags benutzten Personen nicht einzustehen habe, wenn er dabei nur mit der gehörigen Sorgfalt verfahren sei, oder dass auch nur die Beweislast in dieser Beziehung den Auftraggeber treffe, widerspricht auch entschieden der Auffassung des Handelsverkehrs und dem vermutlichen Vertragswillen der Contrahenten. Art. 278 und 279 Hgb. Dies entspricht auch den Bestimmungen des ALR.; denn der Fall der §§ 46 und 47 Theil I Titel 13, dass der Bevollmächtigte das aufgetragene Geschäft ohne Beihilfe anderer Personen nicht vollziehen kann oder an der Besorgung eines Geschäfts, welches keinen Aufschub leidet, persönlich verhindert wird, liegt hier nicht vor, und es kommt daher die Vorschrift des § 48 daselbst zur Anwendung, nach welcher derjenige, welcher ohne Not sich fremder Beihilfe zu einem ihm aufgetragenen Geschäft bedient, für allen durch solche Gehilfen verursachten Schaden haftet (U. I. C.-S. 12. Dec. 1888).

21. Solidarische Haftung mehrerer Aussteller eines Wechsels.

Dass eine Mehrzahl von Ausstellern eines gezogenen Wechsels diesen nicht ungiltig macht, dass vielmehr das Gesetz eine Mehrzahl von Ausstellern sogar selbst vorgesehen hat, folgt aus Art. 81 der WO. Der Wortlaut des Art. 8 daselbst und anderer Stellen, so Art. 4 Z. 5 daselbst, wo vom Aussteller des Wechsels in der Einzahl die Rede ist, spricht selbstverständlich nicht dagegen. Auch die Natur der Sache lässt sich nicht dagegen anführen; denn der Aussteller eines gezogenen Wechsels erscheint dem Bezogenen gegenüber als Auftraggeber, und bekanntlich können auch mehrere Personen einen Auftrag ertheilen. Ebenso ist eine Mehzahl von Ausstellern nicht unvereinbar mit den Besonderheiten des Wechselrechts Schon nach früherem Wechselrechte und auch nach den ausländischen Wechselrechten konnte, resp. kann sich eine Mehrheit von Personen durch Mitunterschrift auf dem Wechsel wechselrechtlich, d. i. jeder auf das Ganze, verpflichten, und diesen Grundsatz hat die deutsche WO. in Art. 81 sanctioniert. Auch in Wissenschaft und Rechtsprechung ist nie bezweifelt, dass nach der deutschen WO. mehrere Aussteller eines gezogenen Wechsels wechselmässig haften; dass also der Umstand, dass mehrere Personen auf dem Wechsel als Aussteller erscheinen, dem Wechsel als solchen keinen Eintrag thut. Bei diesem Stande der positiven Gesetzgebung kann von einem Eingehen auf die Controverse, ob virtuell oder formell immer nur der erste Unterzeichner als eigentlicher Aussteller, jeder Mitunterzeichner nur als Intercedent oder Bürge in Betracht komme, völlig abgesehen werden; denn selbst, wenn die letztere Ansicht mit dem Gesetze in Einklang gebracht werden könnte, würde die solidarische Haftung, welche das Gesetz jedem Mitunterzeichner überbürdet, dem Bekl. entgegenstehen. Der Grund, aus welchem in der Praxis wohl mit Recht angenommen wird, dass nicht mehrere Personen nebeneinander als Remittenten bezeichnet werden können, ruht darin, dass mit dem Wesen des Wechsels ein Corealgläubigerverhältnis unvereinbar ist; aus dem Wechsel muss erhellen, wer auf die ganze Wechselsumme berechtigt ist (vgl. hiezu Reichsgerichtsentscheidungen Bd. XI S. 148). Hievon ganz unabhängig ist die Beantwortung aller der Fragen, welche mit der solidarischen Haftung mehrerer auf einem Wechsel unterschriebener Personen zusammenhängen, da eben eine solche Haftung im Gesetze sanctioniert, ja sogar die Mitunterschrift mehrerer Indossanten in Art. 81 vorgesehen ist. Der Umstand, dass mehrere Aussteller eines Wechsels hiernach nicht zusammen an eigene Ordre werden trassieren können. steht demzufolge der Giltigkeit eines

Wechsels mit mehreren Ausstellerunterschriften nicht im Wege. Gegen die Consequenz, welche Nichtigkeitskläger für den Fall zieht, dass mehrerern Ausstellern zugleich der Nachmann von der Protesterhebung Nachricht giebt, werden sich Erstere dadurch schützen, dass Zahlung lediglich gegen Behändigung des Wechsels geleistet wird (U. VI. CS. v. 11. Febr. 1889, Nr. 286).

22. Erlöschung des Anspruchs gegen den Frachtführer infolge der Zurückziehung des Guts vor der Ausführung des Transports?

Unter der „Annahme" des Guts kann nach der Bedeutung dieser Bezeichnung im Art. 408 Abs. 1 cit., vgl. Art. 406, 407 eod., sowie Art. 105 des Code de commerce: la réception des objets transportés, und dem gesetzgeberischen Grunde der Bestimmung nicht die Zurückziehung des bereits eingeladenen Guts seitens des Absenders wegen Aufhebung des Transportvertrags begriffen werden. Es ist vielmehr darunter nur diejenige Uebernahme des Guts zu verstehen, mittelst deren eine Aneignung des Ergebnisses des übernommenen und ausgeführten Werks erfolgt. Hierin soll, zwar nicht für sich allein, weil die Uebernahme trotz fehlerhafter Ausführung zur Vermeidung anderer Nachtheile geboten sein kann, aber in Verbindung mit der nach der Ausführung erfolgenden Zahlung der Fracht eine Billigung des Werks der Transportierung liegen. Von einer solchen Billigung kann keine Rede sein, wenn die Ausführung überhaupt aufgegeben ist. Der Umstand, dass auch in solchem Falle, sobald das Gut einmal eingeladen war, bereits Pflichten des Frachtführers begründet worden sind, so dass der Absender zu prüfen hat, ob diese erfüllt sind, rechtfertigt nicht die Anwendung des gesetzlichen Erlöschungsgrunds des Art. 408. Vielmehr kann hier das Verhalten des Absenders nur unter dem Gesichtspunkte des thatsächlichen Verzichtwillens geprüft werden. War mit dem Transport bereits begonnen, so kann die Uebernahme des Guts an einem anderen als dem ursprünglichen Transportbestimmungsorte allerdings die Bedeutung einer Veränderung dieses Bestimmungsorts haben, so dass danach doch der Transport als ausgeführt anzusehen ist. Davon kann aber dann nicht die Rede sein, wenn die Fortsetzung der Reise infolge Aufhebung des Vertrags wegen eines das Fahrzeug oder das Gut betreffenden Ereignisses unterbleibt. Von einer theilweisen Erfüllung lässt sich hier nicht sprechen, weil das übernommene Werk beim Frachtvertrage lediglich im Bringen des Guts nach dem Bestimmungsorte besteht, dasselbe daher, so lange dies nicht geschehen, überhaupt nicht ausgeführt ist. Vollends muss dies im vorliegenden Falle gelten, in welchem das Fahrzeug sich noch im Hafen des Absendungsorts befand, als der Unfall eintrat, welcher den Verkauf des beschädigten Guts zur Folge hatte (U. I. CS. v. 2. Februar 1889 Nr. 329).

23. Wirkung der siegreichen Anfechtung einer Hypothekbestellung im Concurse den Nachhypothekaren gegenüber.

Vgl. oben Nr. 135.

Das RG. (VI. CS.) hat sich in dem Bd. XX S. 29 der EE. (in dieser Zeitschr. Bd. IV S. 377) abgedruckten U. vom 5. Dec. 1887, welches sich auf einen, dem hier vorliegenden entsprechenden Thatbestand stützt, für das bessere Recht der Concursmasse gegenüber dem nachstehenden Hypothekengläubiger entschieden. Zur Begründung wird ausgeführt, dass nach § 22 RCO.[1] Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche vor der Eröffnung des Concurses vorgenommen sind, „als den Concursgläubigern gegenüber unwirksam" angefochten werden können. Daraus ist gefolgert, dass die siegreiche Anfechtung einer Rechtshandlung durch den Concursverwalter nur den Concursgläubigern Rechte verschafft, dagegen anderen Betheiligten nicht zu statten kommt, dass vielmehr letzteren gegenüber die angefochtene Rechtshandlung so lange als giltig bestehen bleibt, bis sie dieselbe ebenfalls erfolgreich anfechten. Es wird ferner ausgeführt, dass nach § 30 RCO.[2] „zur

[1] Demselben entspricht § 1 des österr. AG. Doch heisst es hier „den Gläubigern gegenüber".

[2] Demselben entspricht § 17 des österr. AG.



Concursmasse" zurückgewährt werden muss, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist. Das RG. zieht aus diesen Sätzen den Schluss, dass bei der Anfechtung einer Hypothek durch den Concursverwalter das Grundstück der Concursmasse gegenüber als von derselben befreit anzusehen, und dass der beim Zwangsverkauf des Grundstücks auf die angefochtene Hypothek fallende Theil des Kaufgeldes an Stelle des betreffenden Gläubigers der Concursmasse zugewiesen werden muss. Dieselbe erhalte dadurch nur dasjenige zurück, was durch die Hpothekbestellung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben worden. Dieser auch anderweit vertretenen Ansicht (vgl. v. Wilmowski CO. § 22 3. Aufl. S. 124, 125; Eccius Preussisches Privatrecht § 114 5. Aufl. I. S. 783; Petersen und Kleinfeller CO. 2. Aufl. § 22 Nr. 3 S. 101) ist beizustimmen (U. V. CS. v. 23. Jänner 1889, Nr. 273).

24. Anfechtung einer gerichtlichen Pfändung nach erfolgter Versteigerung der Pfandsache. Gegenstand und Umfang der Rückgewähr.

Die hier fragliche Pfändung ist innerhalb der letzten zehn Tage vor dem Antrage auf Eröffnung des Concurses vorgenommen. Es fragt sich also nach § 23 Z. 2 CO.[1], ob sie „eine Rechtshandlung ist, welche einem Concursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt, die er nicht oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte". Das BG. hat nun diese Frage an sich mit Recht unter Bezugnahme auf die E. der vereinigten CS. des RG. v. 6. Dec. 1883 (Geller AnfG. 4. Aufl. § 5[10]) bejaht und sich sodann einer späteren Entscheidung des Sechsten CS. des RG. (Bd. XVII S. 26 ff. daselbst) angeschlossen, nach welcher die Anfechtung einer Pfändung auf Grund der Ziffer 2 des § 23 der CO. nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Gläubiger noch vor der Eröffnung des Concurses durch die Versteigerung der gepfändeten Gegenstände bereits Befriedigung für seine (fällige) Forderung erhalten hat. Auch dieser Auffassung des Gesetzes kann nur beigetreten werden. Der Umfang der dem Anfechtungsgegner obliegenden Verbindlichkeit ist in § 30 der CO.[2] durch die Vorschrift, dass zur Concursmasse zurückzugewähren sei, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, genügend bestimmt. Nach dieser, für allein maassgebend zu erachtenden Bestimmung wird der unterliegende Anfechtungsgegner im allgemeinen als ein unredlicher Besitzer behandelt und muss derselbe zurückgewähren nicht dasjenige, was er aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhalten hat, sondern was aus dessen Vermögen herausgekommen ist. Maassgebend für den Umfang der Rückgewähr ist mithin die ungerechtfertigte Benachtheiligung der Gläubiger und von diesem Standpunkte aus ist alles zu restituieren, was der Masse entzogen ist, also auch der Zuwachs, welchen die Sache an Zinsen, Früchten u. s. w. der Masse gewährt haben würde, wenn sie sich von vornherein in der Masse befunden hätte. Hiernach und mit Rücksicht darauf, dass bei den gegenwärtigen Verkehrsverhältnissen ohneweiters angenommen werden kann, dass es der Masse an Gelegenheit zur Verzinsung des Versteigerungserlöses nicht gefehlt haben würde (vgl. auch Petersen a. a. O S. 155 und 156), erscheint die Zuerkennung von Zinsen vom Klagetage an als gerechtfertigt (U. I CS. 7. Nov. 1888 Nr. 231).

25. Voraussetzung für die Anfechtung der Zahlung oder Sicherstellung einer fälligen Schuld in fraudem creditoris ausserhalb des Concurses.

Wie das RG. schon in zahlreichen Entscheidungen anerkannt hat, können zwar auch solche Handlungen, welche die Erfüllung oder Sicherstellung von Verbindlichkeiten zum Gegenstand haben, nach § 24 Z. 1 der CO.[2] und § 3 Z. 1 des AG.[3] der Anfechtung unterliegen. Insbesondere sind auch Zahlungen fälliger Schulden grundsätzlich der Anfechtung auf Grund der erwähnten Vorschriften

[1] Dem § 23 Z. 2 entspricht § 5 des österr. AG.
[2] Demselben entspricht § 2 des österr. AG.
[3] Demselben entspricht § 29 des österr. AG.



nicht unbedingt entzogen. Auch Handlungen, welche die Befriedigung oder Sicherstellung eines Gläubigers bezwecken, sind als „Rechtshandlungen" im Sinne jener Bestimmungen anzusehen und eine Vorschrift, durch welche die Anwendung derselben auf Deckungsgeschäfte oder auch nur diejenige auf Zahlungen fälliger Schulden ausgeschlossen wird, ist weder in der CO. noch in dem AG. zu finden. Aber damit ist noch nicht die Frage entschieden, unter welchen Voraussetzungen derartige Geschäfte angefochten werden können und wann insbesondere in Ansehung derselben das Vorhandensein einer widerrechtlichen Absicht, die (übrigen) Gläubiger zu benachtheiligen, anzunehmen ist. Der III. CS. des RG. hat in einem Urtheile vom 27. März 1888 (Entscheidungen Bd. XX S. 180 ff.) unter Modification der früher ausgesprochenen Ansichten, insbesondere der in dem U. dieses Senats vom 24. April 1883 (Entscheidungen Bd. IX S. 73 ff.) enthaltenen Auffassung, den Satz aufgestellt, „dass regelmässig die Zahlung einer fälligen Schuld, bez. die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit ausserhalb des Concurses und abgesehen von den Fällen des § 23 der CO.[3] der Anfechtung nicht unterliegt, und dass insbesondere das blosse Bewusstsein des Schuldners davon, dass seinen übrigen Gläubigern durch die Zahlung Executionsobjecte entzogen und sie dadurch geschädigt werden, nicht ausreicht, die Anfechtungsklage zu begründen, wenn der Gläubiger nur dasjenige erhält, was er zu der Zeit und in der Art zu fordern ein Recht hatte". Weiter wurde in diesem U. ausgeführt, ausserhalb des Concurses habe kein Gläubiger das Recht, von dem andern zu verlangen, dass dieser von einem erzwingbaren Rechte, seine Forderung durch eine Hypothekenbestellung zu sichern, keinen Gebrauch mache, damit ihm selbst die Möglichkeit offen bleibe, durch das Immobile seines Schuldners im Wege der Execution zur Befriedigung zu gelangen; deshalb könne, wenn weiter nichts geschehe, als dass der Schuldner einer schon lange bestehenden Verbindlichkeit durch die Bestellung der Hypothek nachkomme, darin eine „fraudulöse Absicht" im Sinne des Gesetzes nicht gefunden werden. Dieser Auffassung ist beizutreten. In dem vorliegenden Falle handelt es sich nun zwar nicht um Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit, da die Bekl. nach den Feststellungen der Vorinstanzen einen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek nicht hatten. Es wurde denselben durch die Verpfändung der in Frage stehenden Liegenschaften nicht dasjenige, worauf sie der Art nach Anspruch hatten, sondern etwas anderes: nemlich statt der Befriedigung, welche sie verlangen und erzwingen konnten, Sicherstellung gewährt. Der Schuldner war zu der vertragsmässigen Verpfändung, welche er vornahm, dem Bekl. gegenüber nicht verpflichtet, sondern konnte es demselben überlassen, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn vorzugehen und sich auf diesem Wege Befriedigung oder zunächst doch diejenige Sicherstellung zu verschaffen, welche das Gesetz selbst dem Gläubiger in der Form der Urtheilshypothek, des Pfändungspfandrechts u. s. w. gewährt. Aber dieser Umstand allein ist nicht entscheidend, da es weniger darauf, ob der Schuldner dem Gläubiger die von demselben verlangte Sicherstellung gewähren musste, als darauf ankommt, ob er dieselbe bewilligen durfte, ohne sich einer unerlaubten Handlung gegenüber den Gläubigern schuldig zu machen, mit anderen Worten, ob in der Sicherstellung des in Frage stehenden Gläubigers eine rechtswidrige Benachtheiligung der übrigen Gläubiger gefunden werden muss. Ob diese letztere Frage zu bejahen ist, hängt aber von den Umständen des einzelnen Falls, insbesondere davon ab, ob die Absicht des Schuldners als eine rechtswidrige anzusehen ist. Der Umstand, dass der Schuldner das Bewusstsein hatte, durch die Sicherstellung, welche er einem Gläubiger gewähre, würden die übrigen Gläubiger insofern geschädigt, als sie aus den verpfändeten Gegenständen nicht mehr Befriedigung suchen könnten, genügt für sich allein nicht, um die Anfechtung des Verpfändungsacts auf Grund des § 3 Z. 1 des AG.[2] zu rechtfertigen. Da die Gläubiger, soweit die Vorschrift des § 23 der CO.[3] nicht zur Anwendung kommt, wie bereits oben dargelegt worden ist, einen Anspruch auf gleichmässige Befriedigung vor Eröffnung des Concursverfahrens nicht geltend machen können, ist jeder Gläubiger in der Lage dadurch, dass er auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgeht oder einen Arrestbefehl erwirkt, ein gesetzliches Pfandrecht zu erlangen. Ebenso kann derselbe im Gebiete des rheini-

[1] Demselben entspricht § 5 des österr. AG.

schen Rechts sich, wenn er ein Urtheil erwirkt, eine gerichtliche Hypothek an den Liegenschaften des Schuldners verschaffen. In diesen Fällen ist, auch wenn der Schuldner sich dem gegenüber passiv verhalten hat, z. B. ein Versäumnisurtheil ergehen liess, nicht ohneweiters eine Anfechtung des Pfändungspfandrechts oder der Urtheilshypothek nach § 3 Z. 1[2] gerechtfertigt. Auch ein vertragsmässiges Pfandrecht, das dem Befriedigung fordernden Gläubiger als Ersatz für die Urtheilshyptohek oder das Pfändungsrecht, welche er sich verschaffen konnte, gewährt worden ist, braucht nicht unter allen Umständen auf einer unerlaubten Handlung zu beruhen. Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts wurde der Satz aufgestellt, dass die einem Gläubiger gegenüber erfolgte Verpfändung dann nicht als unerlaubte Handlung erscheine, wenn sie den Preis bilde, welcher dem zur Zwangsvollstreckung berechtigten Gläubiger, der sich durch diese Befriedigung hätte verschaffen können, für das Abstehen von der Zwangsvollstreckung bewilligt worden sei (vgl. Windscheid Pandecten Bd. II § 463 S. 785 Anm. 32). In diesem Falle und in ähnlichen Fällen wird auch unter der Herrschaft der Reichsgesetzgebung nicht ohneweiters anzunehmen sein, dass eine unerlaubte Handlung des Schuldners vorliege. Ebenso wird diese Annahme regelmässig nicht gerechtfertigt sein, wenn der Schuldner in der Hoffnung, wieder in bessere Vermögensverhältnisse zu gelangen von dem Gläubiger eine Stundung erwirkt und diesem statt der Sicherung, die er sich durch Urtheilshypothek oder Pfändung verschaffen wollte und verschaffen konnte, in anderer Weise Ersatz gewährt. Eine widerrechtliche Absicht des Schuldners liegt aber jedenfalls dann vor, wenn die von demselben vorgenommene Rechtshandlung geradezu den Zweck hatte, einem bestimmten Gläubiger oder einer grösseren Anzahl derselben die Befriedigung zu entziehen. Dieselbe wird auch in anderen Fällen, insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Schuldner, der voraussieht, dass es zum Concursverfahren oder doch zu einem Zusammenbruche kommen müsse, einem bestimmten Gläubiger durch Verpfändung der vorhandenen Liegenschaften auf Kosten der übrigen Gläubiger diejenige Befriedigung sichern will, welche er ihm in Ermanglung von bereiten Mitteln nicht gewähren kann und der von dem sichergestellten Gläubiger bewilligte Aufschub nicht den Zweck hat, dem Schuldner die Möglichkeit des Wiederaufkommens zu verschaffen, sondern nur die Eröffnung des Concursverfahrens hinauszuschieben und die Anfechtung der Rechtshandlung auf Grund des § 23 der CO. auszuschliessen (U. II. CS. v. 8. Febr. 1889 Nr. 317).

Fragen und Antworten.

Oeffentlicher Glaube des Grundbuchs.

Die A hatte die Hälfte ihrer Liegenschaft ihren minderjährigen Enkeln, den Kindern ihres Sohnes B, unter Intervention des letzteren, und die andere Hälfte ihrem Sohne C abgetreten. Bevor aber B die Einverleibung des Eigentumsrechts für seine Kinder nachsuchte, erwirkte er auf Grund eines Wechsels der A die Zahlungsauflage wider dieselbe und sohin die executive Pfandrechtseinverleibung auf jene Hälfte für sich. Diese Forderung cedierte er später an D, der sie hierauf an C abtrat. Nachdem letzterer die Execution in die inzwischen auf die Kinder des B übertragene Hälfte der Liegenschaft bis zur Feilbietung fortgesetzt hatte, trat B namens seiner Kinder gegen ihn mit der Klage auf Löschung der Forderung auf, indem er zu beweisen sich erbot, dass sowohl er bei dem Ansuchen um die executive Pfandrechtseinverleibung, als auch C bei dem Erwerbe der Forderung von D in Kenntnis der vorher erfolgten Abtretung der fraglichen Liegenschaft an die Enkel der A und mithin mala fide gehandelt habe. Frage: Ist diese Klage gegründet? Dr. B.

Die Klage wäre gegründet, wenn die Forderung noch für B im Grundbuche stünde und er selbst der Beklagte wäre. Gegen den gutgläubigen D ist sie nicht mehr statthaft und folglich auch nicht gegen dessen Successor C, mag dieser auch im bösen Glauben gehandelt haben. Die mala fides superveniens des C kann den vollendeten Rechtserwerb seines Auctors nicht mehr in Frage stellen. Vgl. übrigens die oben unter Nr. 130 mitgetheilte E.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Das Verhältnis zwischen Commissionär und Committenten aus der Ausführung von Differenzgeschäften.

Zugleich eine Erörterung über die sog. reinen Differenzgeschäfte und über die Structur des modernen Differenzhandels.

In dem jüngsten Hefte von Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von F. A. Schütt, finden wir eine Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 19. März 1888, welche das in der Ueberschrift bezeichnete Thema in eingehender und gründlicher Weise erörtert und welche wir mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der hier entschiedenen Fragen, die auch in der österreichischen Gerichtspraxis sehr häufig zur Erörterung kommen und für welche hier die gleichen Gesichtspunkte massgebend sind, im Nachstehenden vollinhaltlich mittheilen:

Das in Seuffert's Archiv Bd. 43 Nr. 111 und in der hanseat. Ger.-Zeit. von 1887 Hauptbl. Nr. 131 mitgetheilte Urtheil des RG. führt aus, dass sog. reine Differenzgeschäfte als Spielverträge sich darstellen und daher nach gemeinem Recht nicht klagbar seien. Dieser Entscheidung soll hier nicht entgegengetreten werden. Sie ist aber insoweit unpraktisch, als das moderne Differenzgeschäft, wie dasselbe heutzutage aller Orten an den Börsen geübt wird, in ganz andern Formen sich bewegt und sog. reine Differenzgeschäfte wohl schwerlich irgendwo noch vorkommen werden. Auch dem RG. lag ein solches in dem erwähnten Fall nicht erwiesenermassen vor; es handelte sich vielmehr nur um die noch unbewiesene Behauptung eines Bürgen, dass der Hauptschuld ein solches Geschäft zugrunde liege. Als reine Differenzgeschäfte bezeichnet man und wurden auch in jenem Fall bezeichnet (vgl. hanseat. Ger.-Zeit. v. 1887 Hauptbl. Nr. 81 und 131; ferner Entsch. des ROHG. Bd. 14 S. 273, Bd. 15 S. 279) solche Geschäfte, welche sich äusserlich als Kauf und Verkauf darstellen, bei welchen aber der Ausschluss effectiver Lieferung bez. Abnahme und Bezahlung des Kaufgegenstands vereinbart wird, an deren Stelle die Zahlung der Preisdifferenz zwischen dem bedungenen Kaufpreise und dem Marktpreise eines späteren Tags, des sog. Stichtags, treten soll. Diese Geschäftsform ist aber für den Differenzhandel in seiner heutigen Gestaltung ganz unbrauchbar. Der Speculant, dessen Absicht es nicht ist, den Kaufgegenstand zu liefern oder abzunehmen, sondern nur, von der gehofften Preisentwicklung zwischen dem Augenblick des Vertragsabschlusses und

einem späteren Zeitpunkt zu profitieren, schliesst zu diesem Zweck ein ganz gewöhnliches Geschäft auf Lieferung zu einem bestimmten Termin ab, bei welchem die den einen und den andern der Contrahenten innerlich bestimmende Tendenz überall nicht erkennbar ist. Bis zum Eintritt des Termins hat er es in der Hand, jeden Moment, welcher ihm als der günstigste oder wenigst ungünstige erscheint, zu einem Deckungsgeschäft zu benutzen; dem vielleicht weit ungünstigeren Börsenpreise des Stichtags braucht er sich nicht preiszugeben, wenn er in Voraussicht einer ungünstigen Preisentwicklung eine frühere Eindeckung für ratsam erachtet. Er hat dann am Stichtage einen Käufer und einen Verkäufer und liefert jenem, was ihm von diesem geliefert wird, bez. er veranlasst diesen, jenem zu liefern. In der Praxis spielt sich dies bekanntlich äusserst einfach ab, weil zwischen den Contrahenten die Makler als Mittelspersonen und diese wieder unter einander oder mit Centralabrechnungsstellen in Verbindung stehen, infolge dessen die Abwicklung der Geschäfte überall da, wo Lieferungs- und Abnahmepflicht zusammentrifft, durch gegenseitige Aufrechnung, die sog. Scontration, sich ermöglicht und nur diejenigen Geschäfte, denen ein Deckungsgeschäft nicht gegenübersteht, als effectiv zu erfüllende übrig bleiben. Jedem steht es bis zum letzten Augenblick frei, die Eindeckung vorzunehmen oder zu unterlassen; er braucht darüber weder im voraus sich schlüssig zu machen, noch jemandem Rechenschaft zu geben, und thatsächlich kommt es denn auch ganz regelmässig vor, dass an den Abwicklungsterminen durch das Begehren effectiver Erfüllung eine erhöhte Nachfrage oder ein erhöhtes Angebot effectiver Waare entsteht (im Handel mit Börsenpapieren „Stückemangel" oder „Stückeüberfluss"), wodurch die Höhe des Deport und Report sich bestimmt.

Bei dieser Art des Geschäftsverkehrs ist für das sog. reine Differenzgeschäft kein Raum. Der Gegencontrahent des Deckungsgeschäfts ist eine andere Person als die des ersten Geschäfts; für jeden der Contrahenten ist der rechtliche Anspruch auf effective Erfüllung unentbehrlich, weil ihr Gegenstand zur Erfüllung des andern Geschäfts mit einem andern Gegencontrahenten benutzt werden soll; und wenn bei der Abwicklung die effective Lieferung und Abnahme regelmässig erspart bleibt, so liegt dies nicht an dem Inhalt des Vertrags, sondern, wie oben ausgeführt wurde, lediglich an der praktischen Einrichtung des Liquidationsverfahrens mit Hilfe von Mittelspersonen, in deren Hand die Fäden einer sehr grossen Zahl von Geschäften zusammenlaufen. Es würde eine nicht zu erklärende Wunderlichkeit sein, wenn jemand, anstatt von den Vortheilen eines derartig entwickelten Verkehrs Gebrauch zu machen, seinem Gegencontrahenten offenbaren wollte, dass ihm innerlich der Kauf oder Verkauf nur ein Vorwand sei, und, um sich vor der Gefahr zu schützen, etwas liefern zu müssen, was er nicht hat, oder etwas abnehmen zu müssen, was er nicht brauchen kann, von seinem Gegencontrahenten das Versprechen begehren wollte, auf

Erfüllung nicht zu bestehen, sondern mit der Differenz zwischen dem stipulierten Kaufpreise und dem Marktpreise des Stichtags sich zu begnügen, event. dieselbe herauszuzahlen. Nicht minder wunderlich würde es sein, wenn sich jemand fände, der auf eine solche Proposition eingienge. Beide würden sich dadurch gegenseitig unabänderlich an den Börsenpreis eines einzigen Tags, des Stichtags, binden und sich der Möglichkeit berauben, in der Zwischenzeit einen ihnen günstiger oder minder ungünstig erscheinenden Moment zur Beendigung der Speculation zu benutzen[1].

Im vorliegenden Fall kann nun aber von einem sog. reinen Differenzgeschäft vollends nicht die Rede sein. Die Kläger sind weder Käufer noch Verkäufer des Beklagten, sondern seine Commissionäre, welche für Rechnung des Beklagten an der New-Yorker Börse verkauft und gekauft haben. Die Abschlüsse der Kläger mit ihren Drittcontrahenten liegen nicht vor und brauchen von ihnen, wenn sie dem Beklagten gegenüber als Selbstcontrahenten auftreten, nicht vorgelegt zu werden; ob es Effectivgeschäfte oder reine Differenzgeschäfte gewesen sind — wenn letztere als an der New-Yorker Börse möglich hier einmal vorausgesetzt werden sollen — sieht man nicht. Es ist das auch ganz gleichgiltig; denn in beiden Fällen ist in dem Verhältnis zwischen Committenten und Commissionär, sofern der Committent sich hat eindecken lassen, eine Regulierung in anderer Weise gar nicht denkbar, als dass die Differenz der Kaufpreise, welche der Commissionär dem einen seiner Drittcontrahenten zu zahlen hat und von dem andern empfängt, dem Committenten vergütet, bez. von diesem erstattet wird. Es ist daher unverständlich, wie der Beklagte die Contractsbestimmung, welche diese Regulierungsart vorsieht, glaubt verwerten zu können, um das vorliegende Commissionsgeschäft (ein Mandat) unter den Begriff des sog. reinen Differenzgeschäfts zu stellen. Diese Bestimmung lässt allerdings erkennen, dass die Erledigung des ersten Geschäfts im Wege der Eindeckung von den Contrahenten vorzugsweise ins Auge gefasst worden ist (wie dasselbe auch aus der einheitlichen Normierung der Provision für Kauf und Verkauf hervorgeht); aber daraus folgt nicht im mindesten, dass der Committent dadurch auf diesen Weg beschränkt sei und dass es ihm nicht freistehe, den Weg der effectiven Erfüllung zu wählen. Es würde ja auch gar keinen Sinn haben, wenn der Committent sich in dieser Weise seinem Commissionär gegenüber binden wollte. Denn welches denkbare Interesse könnte der Letztere daran haben, den Committenten von der effectiven Lieferung oder Abnahme der Waare zurückzuhalten und ihn zur Eindeckung zu nöthigen? Der Commissionär ist bei der Sache nur mit seiner Provision interessiert, und wenn diese ihm, wie im vorliegenden Fall, in einem einheitlichen Procentsatz für Kauf und Verkauf zugesichert worden ist, so gebürt sie

[1] Vgl. Laband in der Polit. Wochenschr. v. 1882 Nr. 6, im wesentlichen auch mitgetheilt in Saling Börsenpapiere 1. Theil, Ausg. 4 S. 96 ff.

ihm ungeschmälert auch dann, wenn der Committent von der Befugnis der Eindeckung keinen Gebrauch macht. Ein Interesse des Commissionärs, ihn zur Eindeckung zu nöthigen, könnte man höchstens darin finden, dass in diesem Fall in der Abrechnung zwei Preise figurieren, von denen nach dem Contract der höchste für die Provisionsberechnung massgebend sein soll, während bei einer effectiven Lieferung oder Abnahme nur ein Preis in Betracht kommt. Dass um deswillen dem Commissionär ein Zwangsrecht gegen den Committenten habe eingeräumt werden sollen, wird niemand ernstlich behaupten wollen. Aber selbst unter der Voraussetzung, dass der Committent seinem Commissionär gegenüber sich zur Eindeckung, im Gegensatz zur wirklichen Lieferung oder Abnahme der Waare, im voraus anheischig gemacht hätte, würde darum doch das Rechtsverhältnis dieser Contrahenten seinen Charakter, nämlich den eines Mandats, nicht verlieren und daher niemals unter den Begriff eines reinen Differenzgeschäfts, wie derselbe oben definiert wurde und allgemein anerkannt wird, gebracht werden können.

Ein besonderes Gewicht legt der Beklagte auf die Bestimmung des Vertrags, dass die Operation bis zu den angegebenen Zeitpunkten beendet (terminée) werden müsse, nämlich im Fall des Verkaufs fünf Tage vor dem Ende und im Fall des Kaufs einen Tag vor dem Beginn des Lieferungsmonats, widrigenfalls die Commissionäre berechtigt sein sollen, nach bestem Ermessen für Rechnung des Committenten zu verfahren. Darin soll sich kundgeben, dass die Contrahenten es auf eine wirkliche Lieferung und Abnahme nicht abgesehen haben. Wie auch dies, wenn es richtig wäre, den Charakter des Mandats, welches kein Spielvertrag sein kann, nicht ändern würde, so beruht es überdies auf einer ganz irrigen Anschauung. Eine derartige Bestimmung wie die vorliegende ist unter allen Umständen, mag es auf effective Erfüllung oder auf Vermeidung derselben mittels Eindeckung abgesehen sein, dem Commissionär völlig unentbehrlich, und zwar so sehr, dass man ihren Inhalt bis auf die positive Normierung der Fristen als etwas schon durch die Natur des Commissionsvertrags ganz von selbst gegebenes betrachten darf. Da es nämlich bei derartigen auf einen bestimmten Monat lautenden Lieferungsgeschäften dem Verkäufer freisteht, innerhalb des vereinbarten Monats jederzeit die Waare anzudienen, so hat der Einkaufscommissionär vom Beginn des Lieferungsmonats an jederzeit zu gewärtigen, dass sein Drittcontrahent ihm die Waare andienen und Zahlung beanspruchen werde; daher kann er von seinem Committenten verlangen, dass dieser vor Beginn des Monats sich schlüssig mache, ob er die Waare abnehmen oder einen Deckungsverkauf vornehmen will, und dass er im ersteren Fall ihn mit den nöthigen Geldmitteln versehe, während im letzteren Fall der Commissionär sich dieselben selbst verschafft, nämlich dadurch, dass er auch seinerseits dem Drittcontrahenten des Deckungsverkaufs die Waare andient und von ihm Zahlung empfängt. Dagegen braucht der Commissionär, wenn das erste Geschäft ein Verkauf war und

also eine Andienung abseiten des Drittcontrahenten nicht zu gewärtigen ist, erst gegen Ende des Monats die Entschliessung des Committenten, ob er liefern oder sich eindecken will, zu erfahren und ersteren Falls von ihm die Waare bez. das dieselbe vertretende Document behufs Ablieferung an den Käufer zu empfangen. Der Ausdruck des Vertrags „l'opération devra être terminée“ lässt die Art und Weise der Erledigung, ob durch effective Erfüllung oder durch Eindeckung, gänzlich unberührt; für beide Fälle bedarf es einer positiven Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu welchem sie zu geschehen habe.

Die vorstehenden Ausführungen werden auch dadurch nicht beeinträchtigt, dass den Klägern die Befugnis zusteht, als Selbstcontrahenten aufzutreten und dass sie von dieser Befugnis Gebrauch gemacht haben. Dadurch nähert sich allerdings die Verkaufs- und Einkaufscommission in ihrer äusseren Erscheinung einem Kauf und Verkauf zwischen Commissionär und Committenten. Seinem Wesen nach bleibt das Geschäft aber nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich eine Commission. Denn der Commissionär, welcher seinem Committenten gegenüber formell als Selbstcontrahent auftritt, macht darum doch regelmässig das Geschäft materiell keineswegs für eigene Rechnung. Es ist nicht daran zu denken, dass der gewerbsmässige Commissionär, wenn er einen Kaufs- oder Verkaufsauftrag erhält, jederzeit Neigung haben wird, seinerseits die entgegengesetzte Speculation für eigene Rechnung zu machen und in demselben Augenblick, wo der Committent die Position wechselt und einen Deckungsverkauf oder -Kauf beordert, nun auch seinerseits in entgegengesetzter Richtung die Position zu wechseln und für eigene Rechnung dem Committenten sich als Gegencontrahenten darzubieten. Wenn gleichwohl regelmässig der Commissionär seinem Committenten gegenüber formell als Selbstcontrahent auftritt, so liegt dem darum doch nicht weniger materiell ein mit einem nicht genannten Drittcontrahenten wirklich abgeschlossenes Geschäft zugrunde, und nur ausnahmsweise wird es vorkommen, dass dies sich anders verhält. Bei einem ausgedehnten Commissionshandel wird diese Ausnahme häufiger eintreten können, wenn nämlich der Commissionär gleichzeitig von verschiedenen Seiten Aufträge zum Kauf und Verkauf erhält, in welchem Fall er in der Lage ist, dieselben, insoweit sie sich decken, ohne eigenes Risico für eigene Rechnung zu übernehmen. Dies sind indess Interna, welche sich den Blicken des Committenten gänzlich entziehen; aus ihnen ist die Möglichkeit, das Commissionsgeschäft zu einem Spielvertrage zu stempeln, nicht herzuleiten.

Ueber den Umfang der Straffreiheit wahrheitsgetreuer Parlamentsberichte.

Ein Beitrag zur Erläuterung der Vorschrift des § 28, Abs. 4 des Pressgesetzes.

Gemäss dieser Vorschrift „kann für wahrheitsgetreue Mittheilungen öffentlicher Verhandlungen des Reichsrats und der Landtage Niemand zur Verantwortung gezogen werden".

Vor näherer Prüfung des hier zu besprechenden Rechtsfalls muss als bekannt vorausgeschickt werden, dass aus dieser Gesetzesstelle keineswegs nur die Befreiung von der subjectiven Verantwortung gefolgert werden darf. Vielmehr sind Theorie und Praxis darüber einig, dass nach dieser Vorschrift wahrheitsgetreue Mittheilungen über öffentliche Verhandlungen der gesetzgebenden Körper geradezu straflos sind, auch wenn ihr Inhalt den Thatbestand einer strafbaren Handlung in sich schliessen sollte, und dass sie deshalb auch der objectiven Ahndung nach Maassgabe des § 493 StPO. nicht unterliegen (Plen.-Entsch. 20. Juli 1882, Z. 452).

Die Nummer 240 vom 20. October 1887 der in Krakau erscheinenden politischen Druckschrift „Nowa Reforma" wurde von der Staatsanwaltschaft wegen objectiven Thatbestands des § 300 StG. mit Beschlag belegt, die Beschlagnahme gerichtlich bestätigt, das Verbot der Weiterverbreitung des incriminirten Artikels ausgesprochen und gehörig kundgemacht

In einer öffentlichen Sitzung des Abgeordnetenhauses wurde aber bald danach die den Inhalt des beanstandeten Artikels bildende Angelegenheit zur Sprache gebracht und bei dieser Gelegenheit verlas der interpellierende Abgeordnete die incriminierte Stelle aus dem genannten Blatte.

Diese Interpellation wurde nun sammt dem von dem Interpellanten verlesenen incriminierten Artikel in einer der nächsten Nummern der „Nowa Reforma" wahrheitsgetreu mitgetheilt. Nun verordnete die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme des Blattes und stellte an das Landesgericht als Pressgericht das Begehren, nach Maassgabe des § 493, Abs. 1 StPO. zu erkennen, dass die beanstandete Mittheilung den objectiven Thatbestand des Vergehens nach § 24 des PG. bilde, welchem Begehren auch mit E. vom 26. Oct. 1887, Z. 15648 entsprochen wurde.

Der soeben mitgetheilte Rechtsfall ist jedenfalls von principieller Bedeutung, und wie er einerseits hochwichtige praktische Tragweite besitzt, so ist er auch keineswegs ohne theoretisches Interesse.

Wir wollen vor allem das Erkenntnis des Krakauer LG. vom rein theoretischen Standpunkte in's Auge fassen.

Der § 24 des PG. lautet:

„Wer eine Druckschrift, ungeachtet des durch richterliches Erkenntnis ausgesprochenen, gehörig kundgemachten Verbots, oder wer wissentlich eine mit Beschlag belegte Druckschrift weiter verbreitet oder deren Inhalt durch den Druck veröffentlicht, macht sich eines Vergehens schuldig ....“

Stellen wir nun dieser Gesetzesstelle die Vorschrift des § 28 PG. entgegen:

„Insoferne durch den Inhalt einer Druckschrift eine nach den bestehenden Strafgesetzen strafbare Handlung begangen wurde, sind darauf die Bestimmungen dieser Gesetze anzuwenden.“

so wird diese einfache Zusammenstellung wohl Jeden die grundsätzliche Verschiedenheit der beiden hier normierten Pressdelicte sofort erkennen lassen. Sie ist auch (allgemeiner gefasst) in der Theorie längst bekannt und von Glaser, Lentner und Liszt ausführlich behandelt worden. Ob wir nun mit Glaser das Delict des § 24 PG. ein eigentliches Pressdelict und das des § 28 PG. ein uneigentliches nennen wollen, oder aber mit Liszt letzteres als ein primäres, ersteres aber als ein tertiäres Pressdelict bezeichnen, Eines ist sicher: Das Delict des § 28 PG. wird ausschliesslich durch den nach allgemeinem Strafrechte strafbaren Inhalt der Druckschrift begangen, wogegen das Vergehen des § 24 PG. lediglich in einer Verletzung besonderer presstrafrechtlicher Vorschriften besteht. Dies ist schon aus der systematischen Stellung beider Paragraphe in unserem Pressgesetze zu ersehen, da wir nemlich den § 24 unter den „Bestimmungen zur Aufrechthaltung der Ordnung in Pressachen“, den § 28 dagegen unter den „Bestimmungen über die strafbaren Handlungen durch Druckschriften“ eingereiht finden. Daraus folgt aber schon, dass von einer eigentlichen Collision dieser Vorschriften untereinander überhaupt keine Rede sein kann, da ihre Natur innerlich grundverschieden ist.

Das Vergehen des § 24 PG. ist ein Delict, dessen Existenz zwar durch eine vorgängige mittelst richterlichen Erkenntnisses auf Verbot der Verbreitung statuierte Verletzung irgend einer strafrechtlichen Norm bedingt ist.

Sobald aber ein solches Erkenntnis einmal vorliegt und dessenungeachtet der Inhalt der von ihm betroffenen Schrift weiterverbreitet wird, ist das Vergehen des § 24 PG. vollbracht. Es genügt, die rein formelle Thatsache der Existenz eines derartigen richterlichen Ausspruchs; die ursprüngliche materielle Grundlage des Erkenntnisses verliert jede Bedeutung und es ist ganz und gar gleichgiltig, ob zur Zeit der Verbreitung im Inhalte der Schrift ein Delict zu finden ist oder nicht. Es besteht gar kein causaler Zu-

sammenhang mehr zwischen dem Thatbestande des durch das richterliche Erkenntnis statuierten Delicts und dem Vergehen nach § 24 PG., dessen einzige rechtliche Voraussetzung das richterliche Erkenntnis als solches ist, losgelöst von seiner materiell-strafrechtlichen Unterlage. Wird daher ein mit Beschlag belegter Artikel in einer anderen Druckschrift wiederholt oder auf was immer für eine Art verbreitet, so brauchen wir nicht neuerdings zu untersuchen, ob der Inhalt dieser Druckschrift ein Delict begründe oder nicht: die Weiterverbreitung ist an und für sich strafbar. Dies wird natürlich nicht immer, kann aber allenfalls von Belang sein, und zwar in einem Falle, wo das ursprünglich strafbare Delict bei dem Wiederabdrucke an sich (d. h. eben ohne Rücksicht auf das inzwischen gefällte richterliche Erkenntnis) straflos geworden wäre. Ein Zeitungsartikel, welcher durch seinen Inhalt strafbar erscheinen würde, ist straflos, wenn er zuerst von einem Abgeordneten in einer öffentlichen Parlamentssitzung vorgetragen, später aber abgedruckt wird. Umgekehrt ist aber der Wiederabdruck einer verbotenen Schrift auch dann strafbar, wenn sie inzwischen von einem Abgeordneten in einer öffentlichen Sitzung vorgelesen wurde. Sie ist es nicht vermöge ihres strafbaren Inhalts (da dies durch § 28, Abs. 4 PG. ausgeschlossen ist), sondern lediglich infolge Uebertretung des einmal ausgesprochenen richterlichen Verbots.

Die Frage wäre vollkommen müssig, ob hier der § 24 oder aber der § 28, Abs. 4 PG. zur Geltung gelangen soll, m. a. W. ob dieser Paragraph jenen oder umgekehrt der erstere den letzteren ausschliesst. Auf die Strafbarkeit des Inhalts der Druckschrift kommt es ja hier gar nicht an, und nur diese vermag der § 28, Abs 4 PG auszuschliessen. Auf den objectiven Thatbestand des Vergehens des § 24 PG. kann aber diese Ausnahmsvorschrift gar keinen Einfluss üben: er ist gegeben, sobald das richterliche Verbot ausgesprochen und übertreten wird

Dass dieser Satz eine praktische Beschränkung des im § 28, Abs. 4 PG. statuierten Privilegiums sein kann, ist unbestreitbar, vermag aber an dessen Richtigkeit nichts zu ändern; es kann auch dagegen füglich nicht eingewendet werden, dass gegen diesen Schluss die kategorische Fassung der Gesetzesstelle zu sprechen scheint. Soweit es sich nemlich um den Inhalt einer Druckschrift handelt, bildet der § 28, Abs. 4 eine zwingende Regel und schliesst jede Ausnahme aus. Er kann aber unmöglich auch auf Fälle ausgedehnt werden, die sich ihrer heterogenen Natur nach seinem Einflusse gänzlich entziehen.

Dass aber auch praktische Gründe für diese Auffassung streiten, liegt wohl auf der Hand.

Wenn wir einmal einen entgegengesetzten Standpunkt einnehmen wollten und sagen würden, die an sich nach § 24 PG. strafbare Weiterverbreitung einer verbotenen Druckschrift sei straflos, sobald sie in die Form wahrheitsgetreuer Mittheilung öffentlicher

Verhandlungen der legislativen Körper gekleidet ist, dann gelangen wir unmittelbar zur directen praktischen Negation des § 24. Das gegen die verfehlte systematische Stellung der §§ 22, 24 und 25 PG. von Liszt[1] Gesagte gilt mutatis mutandis auch hier: Wenn durch den Inhalt einer ... Druckschrift eine strafbare Handlung ... begangen sein sollte, so kann die Druckschrift mit Beschlag belegt, es kann die weitere strafrechtliche Verfolgung eingeleitet und durchgeführt, der Inhalt für strafbar erklärt und das Verbot der weiteren Verbreitung ausgesprochen, es konnte bis zur Novelle vom 15. Oct. 1868 auch die Einstellung der periodischen Druckschrift verfügt werden. Aber alle diese Erkenntnisse und Verfügungen sind ebensoviele Schläge in's Wasser, sobald sich ein Abgeordneter dazu versteht, in einer öffentlichen Parlamentssitzung den strafbaren Inhalt dieser Druckschrift mitzutheilen (was immer leicht ist, so lange politische Parteien und Minoritäten, Regierung und Opposition in Vertretungskörpern zum Wort gelangen), sobald tausende von politischen Zeitschriften in ihren Reichsratsberichten die Ausführungen eines solchen Abgeordneten wahrheitsgetreu wiedergeben (wie es doch kaum anders sein kann) — wozu ist dann noch die Vorschrift des § 24 PG?!

Der Umgehung dieses Paragraphs (mit anderen Worten: seiner gänzlichen Negierung) stehen dann die Thüren weit offen, was unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein konnte. Gesetze überhaupt und vorzüglich Strafgesetze dürfen nur so ausgelegt werden, dass ihre Wirkung gesichert erscheine!

Und somit ist das hier besprochene Erkenntnis des Krakauer Landesgerichts vom Standpunkte der lex lata sowohl theoretisch als auch praktisch vollkommen begründet.

Dr. J. Rosner.

---

[1] Lehrbuch des österreichischen Pressrechts. Leipzig 1878. S. 325.

Literarische Notizen.[1]

Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Eine kritische Studie von Dr. Josef Schein. Berlin, Carl Heymann's Verlag. 1889.

Der Verfasser hat sich zur Aufgabe gesetzt, die in der Rechtsphilosophie herrschenden falschen Anschauungen, sowie die falschen Methoden, welche sich in der praktischen Jurisprudenz geltend machen und welche beide seiner Ansicht nach auf gemeinsamen irrigen Voraussetzungen beruhen, nachzuweisen und zu widerlegen.

Der Einfluss der Religion auf die Entwicklung des Eigentums. Von Ludwig Felix. Leipzig. Duncker & Humblot. 1889.

Dieses Werk bildet den dritten Band der „Entwicklungsgeschichte des Eigentums unter culturgeschichtlichem und wirtschaftlichem Standpunkte", deren erster Band den Einfluss der Natur und deren zweiter den Einfluss der Sitten und der Gebräuche auf die Entwicklung des Eigentums zum Gegenstande hatte. Wie die vorausgegangenen zwei Bände, die wir in dieser Zeischrift seinerzeit besprochen hatten, so führt auch der vorliegende Band ein sehr reiches culturgeschichtliches Material vor und bietet ausserordentlich viel des Belehrenden und Anregenden.

Die Ehre in Philosophie und Recht. Von Josef Eckstein. Leipzig. Duncker & Humblot. 1889.

Im ersten Abschnitte versucht der Verfasser den Ehrbegriff festzustellen, und zwar auf geschichtlichen und rationalistischem Wege. Der zweite Abschnitt handelt in drei Capiteln von den Delicten gegen die Ehre, dem Duell, der Ehrenbeleidigung im modernen Recht und den Ehrenfolgen der strafgerichtlichen Verurtheilung. Das Werkchen ist in lebhaftem Tone geschrieben und wirkt sehr anregend.

Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Von Dr. Ernst Levi, Referendar in Frankfurt a. M. Leipzig. Duncker & Humblot. 1889.

Eine vorzügliche Monographie, in welcher der Gegenstand geschichtlich, rechtsvergleichend und dogmatisch in ebenso gründlicher als eleganter Weise untersucht und bearbeitet ist.

Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Von Dr. Ludwig Enneccerus, Professor in Marburg. Erste Abtheilung: Die Grundlagen. Zweite Abtheilung: Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte. Marburg. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung. 1888 u. 1889.

Das zweibändige Werk gibt eine sehr eingehende und nach allen Richtungen überaus sorgfältig durchgeführte Analyse des Rechtsgeschäfts überhaupt, dann des bedingten und des befristeten Rechtsgeschäfts insbesondere, und gelangt auf diesem Wege zu überraschenden Resultaten für die allgemeine Rechtslehre. Schon die vom Verfasser angewendete exacte Methode der Untersuchung und die ausgeführte feine analytische Arbeit sichern dem Werke eine hervorragende Bedeutung in der Rechtsliteratur.

Advocatur und Anwaltschaft. Ihr Wesen, ihre Ziele und ihr Verhältnis zu den rationellen Grundlagen des Civilprocesses in vergleichender geschichtlicher Darstellung. Von J. Prischl, Advocat. Berlin 1888. Puttkammer & Mühlbrecht.

Der Verfasser tritt mit edlem Eifer für die Trennung der Procuratur von der Rechtsanwaltschaft ein und führt in überzeugender Weise aus, dass nur von der Loslösung des Advocatenberufs von den Agenden gewerblicher Natur und von der Beschränkung desselben auf das reine Fürsprecheramt das Heil in der heutigen Advocatenmisère zu erwarten ist. Wir wünschen dem Buche, das kein Advocat ungelesen lassen soll, in den Kreisen, welche auf die Gesetzgebung Einfluss

---

[1] Auf die hier besprochenen Werke behalten wir uns vor, später noch eingehend zurückzukommen. Dieselben sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig.

haben, die Beachtung, die es vermöge seiner Reichhaltigkeit und seiner ebenso rationell begründeten als praktisch wohl erwogenen legislativen Vorschläge in hohem Grade verdient.

Das Recht des Grundbesitzes in England. Von Sir Frederick Pollock Bart., L. L. D. Professor an der Universität Oxford, übersetzt von Dr. jur. Ernst Schuster. Berlin 1889. Franz Vahlen.

Eine sehr gründliche und überaus instructive Darstellung des englischen Immobiliarsachenrechts, welche den deutschen Juristen, die in der Regel nur sehr mangelhafte Kenntnis haben von diesem Theile des englischen Privatrechts, der sich in ganz anderer Weise als auf dem europäischen Continent entwickelt hat, reiche Belehrung und vielfache Anregung bietet.

Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ausserhalb des Concurses auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mit besonderer Berücksichtigung des Preussischen Rechts systematisch dargestellt von Dr. jur. Paul Jäckel, Oberlandesgerichtsrat. Zweite neu bearbeitete Auflage. Berlin 1889. Franz Vahlen.

Das moderne Institut der Anfechtung hat in Deutschland eine sehr reiche Literatur hervorgerufen. In dieser erfreut sich das Werk Jäckel's, welches, auf streng wissenschaftlicher Grundlage beruhend, doch vorzugsweise die Praxis im Auge behält, mit Recht allgemeiner Anerkennung. In der vorliegenden neuen Auflage sind die Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung und der Judicatur seit dem Erscheinen der ersten Auflage gewissenhaft benutzt und namentlich die reichsgerichtliche Judicatur vollständig berücksichtigt.

System des Handelsrechts mit Einschluss des Wechsel-, See- und Versicherungsrechts im Grundrisse von L. Goldschmidt. Zweite ergänzte und durch Einzelausführungen vermehrte Auflage. Stuttgart. Ferdinand Enke. 1889.

Von der ersten Auflage, die nur den Grundriss enthielt und im Ganzen 62 Seiten stark war, unterscheidet sich die neue zunächst schon im Umfange: das vorliegende Werk umfasst bereits 248 Seiten. Davon kommen 74 auf den Grundriss, der Rest auf die neu hinzugefügten Einzelausführungen. Diese erstrecken sich über sämmtliche Gebiete der Disciplin und behandeln die wichtigsten Institute des Handelsrechts, des See-, Versicherungs- und Wechselrechts. Dass die Arbeit eine in jeder Beziehung ausgezeichnete und Goldschmidt's würdig ist, braucht wohl nicht erst gesagt zu werden.

Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin J. Guttentag (D. Collin). 1889.

6. Heft: Recht und Rechtsschutz. Eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprocess. Von Dr. Otto Fischer, Professor in Greifswald.

7. und 8. Heft: Die Rechtsgeschäfte. Studien, Kritiken, Vorschläge. Von Dr. Ernst Zitelmann, Professor in Bonn.

11. Heft: Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts. Von Dr. Lothar Seuffert, Professor in Würzburg.

13. Heft: Das Sachenrecht mit Ausschluss des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen. Von Dr. Konrad Cosack, Professor in Berlin.

Den oben S. 173 angezeigten ersten 5 Heften sind rasch die vorliegenden neuen gefolgt. Auch diese sind, wenn sie gleich an den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich anknüpfen und vornehmlich der Kritik desselben gewidmet sind, nichtsdestoweniger als vorzügliche selbständige Monographien über die Gegenstände zu bezeichnen, mit welchen sie sich beschäftigen.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

164.

Zeitliche Collision der Gesetze: Fortbestand der vor dem Gesetze vom 26. Mai 1888 erfolgten Beschlagnahme (Einantwortung) einer durch dieses Gesetz dem Zugriff entzogenen Pension auch unter der Wirksamkeit dieses Gesetzes.

Vgl. Bd. I Nr. 224, Bd. II Nr. 77. 78.

(E. 4. Dec. 1888, Z. 14141.)

Dem vom 1. R. abgewiesenen Gesuche des A stattgebend, erklärt das OLG die zu Gunsten des B bewilligte executive Einantwortung der Pension des A per jährlicher 290 fl. 88 kr., beginnend mit der Rate von Ende August 1888, als unwirksam; denn A war als Beamter der Nordwestbahn ein Privatbeamter und bezieht eine jährliche Pension von 290 fl. 88 kr. Da nun nach Art. II des Ges. vom 26. Mai 1888 (RGB. 75) von Ruhegenüssen der im Privatdienste dauernd Angestellten der Execution nur derjenige Betrag unterliegt, um welchen der Jahresbezug den Betrag von 500 fl. übersteigt, daher nach dieser Bestimmung der Ruhegenuss des A frei ist und nach Art. V dieses Gesetzes die vor Beginn der Wirksamkeit desselben auf die in dem Art. II bezeichneten Bezüge erwirkten Verbote, insoweit sie mit den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht vereinbar erscheinen, auf Antrag des Schuldners aufzuheben sind, das bezogene Gesetz bereits im Monate August in Wirksamkeit war, so war dem Begehren des Schuldners auf Aufhebung der Einantwortung der Pension, beginnend mit der im Monat August verfallenen Rate, stattzugeben.

Der OGH. fand den abweislichen erstr. Bescheid wieder herzustellen in der Erwägung, dass mit dem in Rechtskraft erwachsenen Bescheide vom 17. April 1888 die executive Einantwortung und Erfolglassung der dem A zustehenden Pension bis zur Höhe des ganzen Pensionsbetrags bewilligt wurde; dass die executive Einantwortung und Erfolglassung nicht als ein blosses Verbot, sondern als ordentliche Execution anzusehen ist, weil dieselbe im 31. Capitel der aGO. behandelt wird, das eben nur von der Execution und nicht von dem Verbote handelt; dass nach Alinea 2 des Art. V des Gesetzes vom 26. Mai 1888 (RGB. 75) dingliche Rechte (zu denen nach § 308 bGb. das Pfandrecht gehört), welche vor Wirksamkeit dieses Gesetzes durch Executionsmaassregeln erworben wurden, in ihrem Bestande und in ihrer weiteren Geltendmachung durch die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht berührt werden.

165.

Extracommercialität der Gemeinde-Schulhäuser: Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in ein für Schulzwecke gewidmetes, wenn auch früher verpfändetes Grundstück.

(E. 5. März 1889, Z. 2442.)

Von dem dem A verpfändeten Bauernhofe X war das Grundstück y abgetrennt und der Schulgemeinde S zugeschrieben und darauf ein Schulhaus errichtet

worden. Gegen die hierauf dem A bewilligte executive Schätzung dieses Grundstücks recurrierte nun die Finanzprocuratur namens der Schulgemeinde. Das OLG. gab indessen dem Recurse keine Folge, weil das executive Pfandrecht für A auf der Hälfte des Bauernhofs x einverleibt war, die Recurrentin nicht erwiesen hat, dass das Verfahren wegen lastenfreier Abtrennung der ehemals dem Bauernhofe zugeschriebenen, nunmehr jedoch von diesem Bauernhofe abgeschriebenen und der vereinigten Schulgemeinde S eigentümlich vorgeschriebenen Bauparcelle y und des auf derselben erbauten Schulhauses eingeleitet worden ist, wozu ihr ja die Möglichkeit zustand, der Pfandgläubiger in der Fortsetzung seiner bereits gesetzmässig erworbenen Executionsrechte nicht behindert werden kann, und dadurch, dass das auf der Bauparcelle y errichtete Gebäude irgend einem öffentlichen Zweck gewidmet worden ist, es nicht aufgehört hat, eine res in commercio und ein executionsfähiges Object zu sein.

Der OGH fand das Schätzungsgesuch abzuweisen, weil Schulhäuser, welche Gemeinden gehören, nach § 377 der politischen Verfassung der Volksschule und dem Studien-Hofcommissionsdecrete vom 25. Jänner 1838, Z. 410, als „Gemeingut“ anzusehen sind, als solches aber ausser dem Verkehre stehen und somit nicht in Execution gezogen werden können.

Bemerkung der Redaction.

Der § 377 der Politischen Schulverfasssung von 1805 (Ausgabe 1847) lautet:

„Sollten sich aber die Dominien in einzelnen Fällen über die Vertheilungsart (scl. der Materialienbeiträge zum Schulbaue) nicht vergleichen können, so hat in einem solchen Falle diejenige, welche in mehreren Vierteln üblich ist, nemlich nach der Zahl der unterthänigen Häuser zur Richtschnur zu dienen (H.B. 16. Sept. 1796, Z. 5095.)“

Darauf folgen die nachstehenden zwei Zusätze:

„Das alte Material von Schulgebäuden, insofern es zu dem neuen Bau nicht brauchbar ist, soll im Licitationswege veräussert und der erlöste Betrag zwischen den baupflichtigen Concurrenten, nemlich dem Patrone, der Grundobrigkeit und den Gemeinden, nach dem Verhältnisse ihres Concurrenzbetreffnisses vertheilt werden. (StHCV. v. 19. Febr. 1831, Z. 6664/1829.)“

„Wer jedoch auf ein derlei altes Schulgebäude oder auf das Material das Eigentumsrecht privatrechtlich nachweisen kann, dem gebürt auch der Erlös für dasselbe. Sonst sind Schulhäuser als Gemeingut anzusehen. (StHCD. vom 25. Jän. 1838, Z. 410.)“

Es sind also blos die Schlussworte des letzten, dem Studien-Hofcommissionsdecrete vom 25. Jän. 1838 entnommenen Zusatzes, worauf sich die vorliegende E. gründet. Der Ausdruck „Gemeingut“ will hier indessen offenbar nicht eine res omnium communis, welche Niemandem gehört, sondern nur eine den mehreren schulbaupflichtigen Subjecten gemeinschaftliche Sache bezeichnen. Das Schulhaus zu einer res omnium communis und somit zu einer res nullius zu machen, daran hat der Referent der seligen Studien-Hofcommission, der das Decret vom 25. Jän. 1838 zustande gebracht, in seiner frommen Denkungsart sicherlich nicht gedacht.

Eine andere Frage ist es freilich, ob nicht die Schulhäuser vermöge ihrer Zweckbestimmung zu den öffentlichen Sachen, den res publici juris, gehören, und ob sie nicht als solche, weil dem öffentlichen Gebrauche dienend, wenn nicht verkehrsunfähig, so doch mindestens der Execution entzogen seien. Dieser Ansicht scheinen namentlich zu sein Randa Besitz (3. Aufl.) S. 312 und Eigentum S. 42 (dort Note 11 a und hier Note 32 wird aus dem StHCD. vom 25. Jän. 1838 irrtümlich „Gemeindegut“ statt „Gemeingut“ citiert) und Burckhard System I S. 161 Note 4, Letzterer jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die „Benützung nicht von der Erfüllung gewisser Bedingungen (Zahlung etc.) abhängig gemacht ist.“

Diese Ansicht verkennt den wesentlichen Unterschied zwischen Gemeindegut und Gemeindevermögen, einen Unterschied, den schon die §§ 287 und 288 unseres Gesetzbuchs, freilich in nicht sehr gelungener Weise kennzeichnen.

Die innerhalb eines Gemeinwesens dem öffentlichen Gebrauche zugänglichen Sachen stehen entweder unmittelbar im Gebrauche der Einzelnen, wie die öffent-

lichen Verkehrswege, Strassen und Plätze, die Flüsse, Brücken und Hafenanlagen u. s. w., oder es wird den Einzelnen der Gebrauch derselben vom Gemeinwesen gewährt, wie z. B. bei den öffentlichen Museen, Galerien, Bibliotheken, Lehranstalten, Theatern, Börsen, Markthallen, Badeanstalten u. s. w. Jene sind res populi im eigentlichen Sinne; der usus publicus hebt die Verfügungsgewalt des Gemeinwesens über sie auf oder mindert sie auf ein wirtschaftlich unbedeutendes Minimum herab: sie sind so gewissermaassen nullius in bonis. Diese dagegen stehen im Privateigentum (im patrimonio) des Gemeinwesens, das über sie unbeschränkt verfügt, und sind nur kraft der Licenz des letzteren den Einzelnen zugänglich.

Für die Beurtheilung der Frage, ob eine Sache öffentliches Gut oder Privatvermögen des Gemeinwesens bildet, ist also die Zugänglichkeit derselben für den öffentlichen Gebrauch an sich noch nicht maassgebend. Ebensowenig der Umstand, ob der Gebrauch derselben den Einzelnen unentgeltlich oder gegen ein Entgelt gestattet ist. Die dem Publicum eröffnete Gemäldegalerie oder Bibliothek eines Kunstfreundes oder Gelehrten hört darum nicht auf, das Privateigentum des letzteren zu sein, gleichviel ob der Eintritt in dieselben frei oder gegen ein Entgelt gestattet ist. Und andererseits wird die Strasse oder die Brücke, für deren Benützung eine Mautgebür zu entrichten ist, darum noch nicht zu einem Privatvermögen des Staats, des Landes oder der Gemeinde. Unerheblich ist es endlich auch, ob die Sache zur Bedeckung der Bedürfnisse des Gemeinwesens oder nur zum Gebrauche der Einzelnen dient. Museen, Bibliotheken, Galerien, welche ihrem Eigner pecuniär nichts eintragen oder deren Erhaltung ihm gar bedeutende Summen kostet, scheiden darum aus dessen Eigentum sicherlich noch nicht aus.

Das charakteristische Criterium des öffentlichen Guts ist lediglich die Unmittelbarkeit des Verhältnisses des populus oder, um einen modernen Ausdruck zu gebrauchen, des Publicums zu demselben. Ein öffentliches oder allgemeines ist nur jenes Gut, zwischen welchem und dem Publicum kein anderes Subject, auch nicht das Gemeinwesen selbst, als selbständiges Subject angesehen, steht, welches also das Publicum unmittelbar in seiner Macht hat — ein Verhältnis, welches, da das Publicum als solches kein Rechtssubject darstellt, empirisch als Herrenlosigkeit des Guts in die Erscheinung tritt. Das Gut ist eben thatsächlich in bonis des Publicums; das letztere aber als eine nicht organisierte Volksmasse ist rechtlich Niemand, und folglich kommt es uns vor, dass das Gut nullius in bonis est. Empfängt dagegen das Publicum den Gebrauch des Guts aus der Hand des organisierten Gemeinwesens oder des die Gewalt desselben ausübenden Organs, und steht somit zwischen dem Gut und dem Publicum das Gemeinwesen als selbständiges Rechtssubject, so erscheint das Gut als Eigentum des Gemeinwesens und der dem Publicum gestattete Gebrauch daran nur als eine von jenem gewährte Leistung.

Dass Schulhäuser nur mittelbar im Gebrauch des Publicums, unmittelbar dagegen in der Macht jenes organisierten Gemeinwesens stehen, welches sie erhält, ist für jedermann sofort einleuchtend. Demnach gehören Schulhäuser, welche der Staat oder die Gemeinde erhält, zum Staats- oder Gemeindevermögen, nicht zum öffentlichen (Staats- oder Gemeinde-) Gut. Bei Schulhäusern kommt aber noch ein anderes Moment hinzu, das Moment, welches die §§ 287 und 288 bGb. als das unterscheidende Merkmal des Staats- und Gemeindevermögens im Gegensatze zu dem Staats- und Gemeindegut ansehen. Gleich jenen Gebäuden, in welchen z. B. staatliche oder communale Aemter untergebracht sind, dienen nämlich Schulhäuser offenbar zur Bedeckung der Bedürfnisse des sie erhaltenden Gemeinwesens. Denn insoferne diesem innerhalb seines Gebiets die Sorge für den Volksunterricht, sei es ex lege oder ex promisso obliegt, bildet die Erhaltung eines Locals, in welchem der Unterricht ertheilt werden soll, unstreitig ein Bedürfnis desselben und wird sonach durch das Schulhaus dieses Bedürfnis gedeckt.

Dass Schulhäuser zum Vermögen des Gemeinwesens, nicht zum öffentlichen Gut gehören, findet übrigens seine Anerkennung in der Thatsache, dass sie überall in die Grundbücher aufgenommen werden, während doch das öffentliche Gut von der Aufnahme in das Grundbuch nach § 2 sämmtlicher Landesgesetze über die Grundbuchsanlegung ausgeschlossen ist.

Gehören aber Schulhäuser zum Vermögen des Gemeinwesens und bilden sie somit das Privateigentum des letzteren, so kann auch an deren Fähigkeit,

Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu sein, durchaus nicht gezweifelt werden. Was im Eigentum steht, ist notwendig auch Gegenstand des Verkehrs, und was im Verkehr steht, kann auch als Pfand dienen (§ 448 bGb.), sofern nicht die Pfändbarkeit durch einen besonderen Rechtssatz ausgeschlossen ist.

Eine gesetzliche Exemtion von der Zwangsvollstreckung, wie solche beispielsweise durch die Executionsnovelle vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) § 1 für „Gegenstände, welche zur Ausübung des Gottesdiensts .... verwendet werden." geschaffen wurde, besteht indessen für Schulhäuser nicht. Die Exemtion aber aus der Zweckbestimmung des Schulhauses abzuleiten, geht schon darum nicht an, weil diese Zweckbestimmung weder für jemanden ein unmittelbares Recht an dem Schulhause, noch für den Eigentümer des letzteren eine Beschränkung in der Verfügung über dasselbe in sich schliesst. Die Schulbau- und -Erhaltungspflicht der Gemeinde haftet nicht auf dem Schulhause selbst, sondern ist eine persönliche Obliegenheit der Gemeinde, und so wenig sie die letztere hindert, das Schulhaus zu verkaufen, ebensowenig vermag sie den Zugriff auf dasselbe seitens der Gläubiger der Gemeinde zu hindern. Der Staatsverwaltung, bez. den Schulbehörden gegenüber bleibt die Gemeinde nach wie vor ihrem Entschlusse zum Verkaufe des Schulgebäudes, bez. dem Zugriffe eines Gläubigers auf dasselbe, zur Erhaltung eines geeigneten Schullocals verpflichtet. Wie die unausgesetzte Erfüllung dieser Verpflichtung im Falle des Zugriffs auf das Schulgebäude gesichert werden soll, ist Sache der Schulbehörde, welche Machtmittel genug besitzt, um ihren Anspruch durchzusetzen. Die Privatgläubiger der Gemeinde aber können darum in der Realisierung ihrer Forderungen nicht beschränkt werden.

166.

1. Privatbesitz oder Gemeingebrauch an der zur Herstellung einer Verbindung zwischen der Strasse und einem Hause von dem Besitzer des letzteren auf eigene Kosten errichteten Brücke über den Strassengraben? — 2. Zuständigkeit der Gerichte für Besitzstörungsklagen gegen ein Bürgermeisteramt.

(E. 4. Sept. 1888, Z. 9479.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Besitzstörungsklage des A gegen das Bürgermeisteramt W wegen Wegreissung und Wegführung von Steinplatten, welche A zur Ueberbrückung des Strassengrabens vor seinem Hause angebracht hatte, wurde vom OLG. stattgegeben, in der Erwägung, dass die Ueberbrückung des Strassengrabens eingestandenermaassen von dem Eigentümer des Hauses Nr. 29 auf seine Kosten und zur Ermöglichung seiner Zufahrt in das eben erwähnte Haus, mithin aufliegend zu einem Privat- und nicht zu einem öffentlichen Zwecke geschah, dass eben deshalb weder der Vormann des Kl. noch der Kl. selbst diese Ueberbrückung gesetzmässig der Gemeinde als Eigentum zu übergeben hatte, und dass sie ebenfalls keiner von ihnen vertragsmässig ins Eigentum oder den Besitz der Gemeinde übertrug; dass, weil weder das eine, noch das andere der Fall war, die gedachte Ueberbrückung und folglich auch die sieben Steinplatten, aus welchen sie bestand, wie in der Benützung, so auch im Besitze des betreffenden Hauseigentümers verblieb, der sie auch im Gegensatze zum Trottoir während ihrer Dauer selbst zu erhalten hatte (§ 3 des Landesgesetzes für Niederösterreich vom 10. Oct. 1875, Nr. 62); und dass, wenn das Bürgermeisteramt eingestandenermaassen die sieben Steinplatten dem gegenwärtigen Hauseigentümer eigenmächtig wegnahm und auf einen Gemeindegrund überführen liess, es offenbar der Bestimmung des § 339 bGb., der keinen Unterschied der Person kennt, zuwidergehandelt und den Kl. in seinem Besitze gestört hat. Zwar beruft sich der 1. R. auf die §§ 297 und 418 bGb. und macht geltend, dass die Ueberbrückung Zugehör der Strasse oder doch ein Bau auf fremdem Grunde sei. Allein evident mit Unrecht, weil der Hersteller der Ueberbrückung sie ganz gewiss nicht zum Zugehör der Vöslauerstrasse bestimmte (§ 293 bGb.), weil sie auch weder mit der Strasse noch mit dem gegenüber liegenden Trottoir innig verbunden, jedenfalls kein Gebäude, am allerwenigsten aber ohne Wissen der W.er Gemeindevorstehung errichtet ist.



Der OGH. stellte das erste E. wieder her. Gründe: Zunächst kommt zu bemerken, dass zur Entscheidung der vorliegenden Rechtssache die Gerichte competent sind, weil der Kl. seine Klage auf die Behauptung gründet, er sei im privatrechtlichen Besitze der in Frage stehenden Steinplatten gestört worden, zur Entscheidung aber, ob eine Privatrechtsverletzung stattgefunden habe, die Gerichte berufen sind. Dass die Klage gegen das Bürgermeisteramt gerichtet wurde, hindert nicht, auf dieselbe einzugehen, weil nach derem Inhalte der Gegenstand derselben eine Handlung ist, welche von dem Bürgermeisteramte nicht in Ausübung seines Wirkungskreises als Behörde, sondern in Vertretung der Gemeinde als Trägerin von Vermögensrechten gesetzt wurde. In der Sache selbst war der erstr. Bescheid zu bestätigen. Denn es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass die Ueberbrückung eines Strassengrabens, wer immer die Kosten der Herstellung derselben getragen habe, zum Gebrauche eines jeden, der die Strasse passiert, und nicht lediglich jenes, der sich in das bei der Ueberbrückung befindliche Haus begiebt, bestimmt ist. Eine solche Ueberbrückung wird von jedermann benützt und befindet sich daher ebensowenig, wie die Strasse selbst, im Privatrechtsbesitze. Es kommt hier nicht zu untersuchen, ob etwa das Material der Brücke nunmehr, wo dasselbe aus seiner Verbindung mit der Strasse gebracht ist, Eigentum des Kl. sei. Denn es handelt sich im vorliegenden Rechtsstreite nur um die Frage, ob sich der Kl. im factischen Besitz der Steinplatten befunden habe; dies ist aber, wie gezeigt, nicht der Fall, zumal der Kl. nicht behauptet, dass er etwa nach dem Wegreissen der Brücke auf das Material derselben Besitzacte ausgeübt habe.

167.

1. Begriff des Zugehörs: Ist der vom Mieter eines Ladens errichtete Auslagekasten ein Zugehör des Ladens? — 2. Nichtanerkennung des Eigentums des Mieters am Auslagekasten seitens des Besitznachfolgers des Vermieters Grund zur Entschädigungsklage gegen den Letzteren?

(E. 6. Dec. 1888, Z. 13321.)

Der Klage des A gegen B auf Ersatz der Kosten der Errichtung eines Auslagekastens und zweier Fensterläden, welche die neue Erwerberin der Mietsache als Eigentum des A nicht anerkennen wollte, wurde vom 1. R. stattgegeben. Der OGH. bestätigte das abweisliche U. des OLG. aus dessen Gründen: Es wird vom Kl. selbst zur Begründung des Klageanspruchs behauptet, dass er aus Anlass des zwischen ihm und dem Bekl. abgeschlossenen Mietvertrags den Letzteren um die Bewilligung zur Aufstellung eines Auslagekastens und zur Errichtung von zwei Fensterläden in dem von ihm gemieteten, in dem dem Geklagten gehörig gewesenen Hause befindlichen Localitäten ersuchte, dass der Bekl. seine Einwilligung hiezu ertheilte, dabei aber beifügte, dass, wenn der Kl. einmal ausziehen sollte, er Alles in den früheren Stand herstellen müsse. Nun wird aber vom Kl. nicht einmal behauptet, dass er die vom Belangten gemieteten Localitäten nicht mehr benütze, dass der Fall, in welchem er der getroffenen Vereinbarung gemäss die von ihm errichteten, oben angeführten Gegenstände wegzunehmen hat, eingetreten ist. Es ist daher die Klage zumindest verfrüht und musste schon aus diesem Grunde abgewiesen werden. Aber auch abgesehen hievon, ist der Klageanspruch nach der Sach- und Actenlage im Gesetze nicht begründet. Wie bereits oben angeführt wurde, ist nach der eigenen Angabe des Kl. zwischen ihm und dem Bekl. vereinbart worden, dass er berechtigt sei, die in Rede stehenden Sachen, nemlich den Auslagekasten und die zwei Fensterläden, im Falle seines Ausziehens aus den Localitäten wegzunehmen, und es wäre daher der Kl. gemäss der eigenen Anführungen nur dann berechtigt, von dem Bekl. im Sinne des § 1041 bGb. den Ersatz des auf die Errichtung der fraglichen Gegenstände gemachten Aufwands zu begehren, wenn der Gekl. die Wegnahme dieser Sachen verweigern möchte. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall, im Gegentheile giebt der Gekl. in der Einrede ausdrücklich zu, dass der Auslagekasten und die Fensterläden Eigentum des Kl. sind und sein Eigenthum bleiben, und behauptet sowohl in der Verhandlung, als auch in der Appellation, dass die fraglichen Gegenstände als Zugehör des Hauses nicht angesehen werden können und er dieselben als Zugehör dieses

Hauses nicht verkaufen konnte, weil eine dauernde Verbindung dieser Sachen mit dem benannten Hause von den Parteien nicht beabsichtigt war. Nach dieser Sachlage ist für den vorliegenden Rechtsstreit vollkommen unentscheidend die Behauptung des Kl., dass ihm C, dermalige Eigentümerin des Hauses, erklärte, sie habe das Haus, wie es steht und liegt, mit allem Zugehör, daher auch mit dem Auslagekasten und mit den beiden Fensterläden gekauft und sei daher nicht schuldig, dem Kl. einen Ersatz zu geben; es ist vielmehr Sache des Kl., sich wegen der Wegnahme der betreffenden Sachen an C als Eigentümerin des Hauses, welche in die Rechte und Pflichten des Gekl. eingetreten ist, zu wenden, und falls dieselbe die Beseitigung dieser Sachen verweigern sollte, seine Rechte ihr gegenüber im Rechtswege geltend zu machen und diese Angelegenheit mit ihr als Eigentümerin des Hauses auszutragen.

168.

1. Festsetzung der Feilbietungsbedingnisse bei der Entscheidung über die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft an einer Liegenschaft. — 2. Voraussetzung für die Zulassung der Versteigerung unter dem Schätzwerte.

Vgl. Bd. III Nr. 89.

(E. 5. März 1889, Z. 1079.)

In den Vorinstanzen war nach dem Klageantrage erkannt worden, unter Aufrechterhaltung der vom Kl. vorgelegten Feilbietungsbedingnisse, wonach die Liegenschaft beim zweiten Termin auch unter dem Schätzungswerthe verkauft werden darf. Der OGH. bestätigte das U. in der Hauptsache, fand jedoch die in den Vorinstanzen festgesetzten Feilbietungsbedingnisse dahin abzuändern, dass die Realität auch bei dem zweiten Termine nicht unter dem Schätzwerte hintangegeben wird. Gründe: Ganz unrichtig ist die Behauptung der Gekl., dass nicht zugleich über die Feilbietungsbedingsnisse entschieden werden konnte, vielmehr ist dieser Vorgang und das diesfalls gestellte Begehren ganz correct, da die Theilung durch Feilbietung des gemeinschaftlichen Guts zu erfolgen hat, die Bedingnisse aber eben die Modalitäten der Feilbietung enthalten und deren Prüfung dem Erkenntnisrichter vom Standpunkte der Gesetzlichkeit, namentlich ob selbe einen Nachtheil der Gekl. involvieren, gleichfalls obliegt. Da nun der Schätzwert des Hauses den wirklichen Wert desselben darstellt und besondere thatsächliche Umstände, welche die Hintangebung unter dem Schätzwerte als notwendig oder zweckdienlich erscheinen lassen, vom Kl. nicht geltend gemacht wurden, so ist die Bedingnis, dass das Haus eventuell auch unter dem Schätzwerte verkauft werden solle, eine offenbar für die Gekl. nachtheilige und wurde deshalb in theilweiser Stattgebung der Revisionsbeschwerde der Gekl. mit Abänderung der Feilbietungsbedingnisse vorgegangen.

169.

Grenzberichtigung: Unstatthaftigkeit der Bestimmung strittiger Grenzen im ausserstreitigen Verfahren gegen den Widerspruch des anderen Theils.

Vgl. oben Nr. 76.

(E. 11. Sept. 1888, Z. 10769.)

Ueber das Gesuch des A um Berichtigung der Grenzen seines Grundstücks x gegenüber dem Grundstücke y des B ordnete der 1. R. eine Tagsatzung an, von welcher B ausblieb; nachträglich brachte B eine schriftliche Aeusserung ein, in welcher er Widerspruch gegen das Begehren des A sowohl in der Hauptsache, als insbesondere dagegen einlegte, den C als Sachverständigen beizuziehen. In erster Instanz wurde hierauf Tagfahrt zur Vornahme des Localaugenscheins und eventuell der Grenzberichtigung angeordnet und hiezu D und E als Sachverständige bestimmt; der Widerspruch des B gegen die Vornahme einer gerichtlichen Commission wurde abgelehnt, weil seine Behauptung, dass thatsächlich eine Grenze zwischen den beiderseitigen Parcellen bestehe, derzeit beweislos dasteht; das

Begehren des A auf Zuziehung des C als Sachverständigen wurde abgelehnt, weil C der Verfasser des vom A beigebrachten, dem Gesuche beigelegten Situationsplans ist. Infolge der beiderseitigen Recurse wies das OLG. das Gesuch des A zurück. Denn nach der eigenen Darstellung des A handelt es sich nicht um die Eruierung verletzter Grenzen, welche ganz unkenntlich werden könnten im Sinne des § 850 bGb. und ebensowenig um die Feststellung und den Schutz des letzten Besitzstands im Sinne des § 851 bGb., weil die Grenzen wirklich unkennbar geworden sind, sondern um die Bestimmung neuer streitiger Grenzen; eine solche kann jedoch, wenn der Gegner nicht einwilligt, nur im ordentlichen Rechtswege verhandelt und entschieden werden (§§ 851, 347 bGb.); es geht daher nicht an, aus dem Nichterscheinen des B bei der Tagsatzung dessen Einwilligung zu folgern und wider ihn in contumaciam und auf Grund von beigebrachten Behelfen mit der Grenzbestimmung und Vermarkung vorzugehen, bezüglich deren eine ausdrückliche Anerkennung des Gegners nicht vorliegt; das Gericht durfte daher in der vorliegenden Angelegenheit umsoweniger weiter vorgehen, als A in seinem Gesuche bereits angeführt hatte, dass B die Anerkennung der vom Gesuchsteller aussergerichtlich erhobenen Grenzen verweigerte und als dieser in seiner Eingabe vom 16. Juni 1888 sich gegen das Eingehen in das Gesuchsbegehren des A ausgesprochen hat.

Der OGH. bestätigte die o. g. E., weil die Voraussetzungen, unter welchen nach §§ 850, 851 bGb. die richterliche Intervention zum Behufe einer Grenzerneuerung stattfinden kann, hier nicht vorhanden sind, vielmehr die negative Erklärung des dabei betheiligten B, dessen Nichterscheinen bei der Tagsatzung durch seine Eingabe hinreichend aufgeklärt und gerechtfertigt ist, bereits vorliegt, und wenn der Recurrent sich dagegen auf eine angeblich vorausgegangene Zustimmungserklärung beruft und daraus Rechte für sich ableiten will, deren Geltendmachung nur im ordentlichen Rechtswege stattfinden kann.

170.

Voraussetzung und Umfang der Haftpflicht der Militärverwaltung für den Schaden an zu Einquartierungszwecken dienenden Gegenständen.

(E. 12. Juli 1888, Z. 4833.)

Gründe: Der § 35 des Gesetzes vom 11. Juni 1879 (RGB. 93) bestimmt, dass im Falle einer Beschädigung oder Abgangs eines zu Einquartierungszwecken übergebenen Objectes die Militärverwaltung für jedes Verschulden der Truppen und jener Personen, welchen das Object zur Benützung überlassen worden ist, nicht aber für den Zufall und für die Folgen der gewöhnlichen Abnützung hafte. Diese Bestimmung spricht zwar nicht, wie dies im § 1 des Gesetzes vom 5. März 1869 (RGB. 27) geschieht, ausdrücklich die Vermutung aus, dass die Ereignung, wodurch der Schade entstanden ist, durch ein Verschulden der einquartierten Truppen, oder der sonstigen Personen, welchen das Object zur Benützung überlassen worden ist, eingetreten sei, allein aus dem vierten Absatze des bezogenen Paragraphen, wonach sich die Militärverwaltung von der Pflicht zur Leistung des Schadenersatzes nur durch den Beweis befreien kann, dass der Schade durch einen unabweisbaren Zufall oder durch die Handlung einer dritten Person, deren Verschulden sie nicht zu verantworten hat, oder durch das Verschulden des Beschädigten verursacht werden, oder dass derselbe eine Folge der gewöhnlichen Abnützung ist, und insbesondere aus dem darin gebrauchten Worte „nur" folgt unzweifelhaft, dass im Falle eines im § 35 des Gesetzes vom 11. Juni 1879 (RGB. 93) vorgesehenen Schadens nicht der Beschädigte das Verschulden der in diesem Paragraphen bezeichneten Personen, sondern die Militärverwaltung vielmehr eine der sie von der Ersatzpflicht befreienden vorerwähnten Thatsachen erweisen müsse, dass daher das Gesetz hier, wenn auch nicht ausdrücklich, die durch den Beweis bestimmter Thatsachen widerlegbare Vermutung statuiere, es sei der Schade aus Verschulden einer Person, für welche die Militär-Administration verantwortlich ist, entstanden. Daraus aber folgt weiter von selbst, dass der Beschädigte nur die Thatsache des erlittenen Schadens und dessen Höhe, nicht aber auch die Entstehungsursache des Schadens und das Verschulden des Militärs oder der Personen, welchen das zu Einquartierungszwecken übergebene Object über-

lassen worden ist, nachzuweisen habe. Der daraus abgeleitete Abweisungsgrund, dass der Kl. nicht einmal behauptet hat, wienach das Feuer an dem in der Klage bezeichneten Gebäude aus Verschulden des Militärs oder einer der gedachten Personen entstanden ist, dass er ferner auch die thatsächliche Entstehungsursache des Brandes nicht angegeben hat, ist daher nicht haltbar, und wäre durch die Thatsache, dass die erwähnten Gebäude, bez. die darin ausgeführten, in der Klage specificierten Adaptierungen durch einen Brand zerstört worden sind, schon an und für sich die Schadenersatzforderung des Kl. in quali gesetzlich begründet, zumal der Vertreter des gekl. Militär-Aerars keine der dasselbe von der Ersatzpflicht befreienden, im 4. Absatze des § 35 des Gesetzes vom 11. Juni 1879 bezeichneten Thatsachen erwiesen hat. Der Einwurf, dass das Entstehen des Feuers ein blosser Zufall, also ein ohne Zuthun einer Person entstandenes Ereignis, eine vis major sei, kann füglich einem Beweise nicht unterstellt werden, und kann auch die Einrede, dass das betreffende Militärcommando die strengsten Vorsichtsmaassregeln zur Verhütung eines Feuers an den niedergebrannten Gebäuden des Kl. getroffen habe, keine Beachtung finden, weil die zur Verhütung eines Feuers getroffenen Maassregeln ein Verschulden des in den abgebrannten Gebäuden untergebracht gewesenen Militärs noch keineswegs ausschliessen, und in diesen Maassregeln sonach ein die Ersatzpflicht des belangten Aerars aufhebender Grund nicht gelegen ist. Dessungeachtet war das o. g. U. für gerechtfertigt zu halten. Durch die hinsichtlich ihrer Echtheit nicht bestrittenen Beilagen der Duplik ist dargethan, dass die in der Klage bezeichneten Gebäude versichert waren, und dass der Rechtsgeberin des Kl. von der Versicherungs-Gesellschaft in Krakau eine Brandschadenvergütung im Betrage von 11.099 fl. ö. W. geleistet worden ist. Der Kl. begehrt nun nicht den Ersatz des ganzen, durch das Abbrennen der gedachten Gebäude entstandenen Schadens, sondern blos die Entschädigung für die in der Klage specificierten, durch den Brand ebenfalls vernichteten Herstellungen, welche an den Marstall-, Maststall- und Brennereigebäuden zum Zwecke ihrer Adaptierung zu Kasernen vor dem Brande ausgeführt worden sind. Dass diese Adaptierungs-Objecte als Bestandtheile der eben erwähnten Gebäude ebenfalls assecuriert waren, geht nicht nur aus der Dupliksbeilage . . ., sondern auch aus den Ausführungen der Revisionsbeschwerde, speciell aus der Behauptung hervor, dass die Kasernen vor ihrer Adaptierung auf 400 fl. versichert waren und dass dieser Betrag nach den Adaptierungs-Ausführungen nicht erhöht worden sei. Es muss bei diesem Sachstande aber als feststehend angenommen werden, dass die Brandschadenvergütung sich auch auf die Adaptierungsposten erstreckt habe, für welche die Entschädigung gefordert wird. Da der Beschädigte in der Regel nur den Ersatz des wirklich erlittenen Schadens begehren kann (§§ 1293, 1295 und 1323 bGb.), so könnte der Kl. vom Aerar die Schadloshaltung nur insoferne beanspruchen, als sie seine Rechtsgeberin nicht schon in der ihr bezahlten Versicherungssumme gefunden hat, d. i. jene Differenz, welche sich aus dem Werte der ofterwähnten Adaptierungsposten, welchen sie unmittelbar vor dem Brande gehabt hatten, und dem auf diese Adaptierungsposten verhältnissmässig entfallenden Quotenbetrag der bezahlten Entschädigung als nicht gedeckte Schadenshöhe ergiebt. Die factischen Grundlagen zur Bestimmung dieser Differenz hat jedoch die Kl. nicht gegeben und fehlt sonach jeder Maasstab zur Bezifferung der gestellten Ersatzforderung.

171.

Anfechtbarkeit der nach der Zahlungseinstellung eines registrierten Kaufmanns erwirkten Pfändung. Begriff der Zahlungseinstellung; Beweis derselben durch die Insolvenzerklärung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber. [1]

Vgl. Bd. IV Nr. 93 S. 147.

(E. 29. März 1889, Z. 2267.)

Gründe: Der am 20. April 1887 vorgenommene Executionsvollzug als Rechtshandlung ist nach §§ 5, 12 und 16 des Gesetzes vom 16. März 1884

[1] Ueber den Begriff und den Beweis der Zahlungseinstellung vgl. die bei Geller, Oesterr. Justizges., 3. Aufl., IV, 675 (AnfG.) § 5[3—7] mitgetheilten EE. des Deutschen Reichsgerichts und des Oesterr. OGH.

(RGB. 36) unwirksam und anfechtbar und genügt der Beweis, dass N vor dem 20. April seine Zahlungen eingestellt hat, und dass dies der belangten Firma bekannt war. Dieser Beweis muss im Sinne des § 48 als erbracht angesehen werden, weil der nach der Sachlage unbedenkliche Zeuge N unter Eid bestätigt, dass er in der Zeit zwischen dem 5. und 12. April 1887, mithin nach dem wider ihn erwirkten wechselrechtlichen Zahlungsauftrage im Comptoir der bel. Firma erklärte, dass er Zahlung nicht leisten könne und einen Ausgleich mit 25% anbiete, und weil diese Aussage, wie dies der I. R. ausgeführt hat, theilweise durch die andern abgehörten Zeugen und den Umstand unterstützt wird, dass die bei dieser Gelegenheit vom Gemeinschuldner geleistete Theilzahlung von 25 fl. in den Büchern der Belangten unterm 16. April 1887 gut gebucht erscheint. Die Erklärung des Gemeinschuldners, zahlungsunfähig zu sein, muss der Zahlungseinstellung gleichgestellt werden, die auch dadurch nicht als beseitigt angesehen werden kann, dass der Schuldner eine Theilzahlung geleistet hat, weil er eben zahlungsunfähig bleibt, wenn er seine fällige Zahlungspflicht nicht im vollen Umfange erfüllen kann. Statt nun nach Zulass des § 198 CO. die ihr bekannt gegebene Zahlungseinstellung sofort dem competenten Handelsgerichte anzuzeigen und die Eröffnung des Concurses zu begehren, hat die bel. Firma späterhin den Executionsact erwirkt und durchgeführt, der daher mit seinen Consequenzen vom I. R. mit vollem Rechte für unwirksam erklärt wurde.

172.

Anfechtung entgeltlicher Verfügungen zwischen Verwandten ausserhalb des Concurses: Benachtheiligung der Gläubiger durch Uebertragung des Geschäfts sammt Activen und Passiven?

(E. 27. Sept. 1888, Z. 13431.)

A hatte von seinem hart bedrängten Bruder C dessen Möbelgeschäft sammt Activen und Passiven übernommen und den Gläubigern Zahlung ihrer Forderungen binnen Jahresfrist ohne Zinsenzuschlag im vollen Betrage oder sofort gegen einen 25%igen Nachlass angeboten, worauf die Gläubiger auch eingegangen waren, mit Ausnahme des einen B, an den zufällig vergessen worden war. Dieser erwirkte hierauf, nachdem er wegen seiner Forderung von M. 161.40 ein Zahlungsmandat wider C erlangt hatte, die Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen, pfändete die auf den A übertragenen Vorräte und war bereits bis zur Bewilligung der Feilbietung vorgeschritten, als A gegen ihn, nachdem er ihm den Capitalsbetrag von M. 161.40 bezahlt hatte, die Exscindierungsklage erhob. Gegen diese vertheidigte sich B mit der Anfechtung des Uebertragungs-Geschäfts nach § 30 Z. 4 AnfG. Der I. R. erkannte die Anfechtung für gegründet und wies deshalb die Klage ab. Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren und der OGH. bestätigte die o. g. E. Gründe: Beide Untergerichte haben als feststehend angenommen, dass zwischen dem Kl. (A) und seinem Bruder (C) das Uebereinkommen vom 28. Nov. 1884 zustande kam, nach welchem C das in seinem damaligen Hause Nr. 403 betriebene Möbelgeschäft sammt allen Activen und Passiven seinem Bruder (dem Kl.) überliess, und dass darunter auch die vom Gekl. (B) in der Executionssache gegen C pcto. M. 161.40 gepfändeten, den Gegenstand des Streits bildenden Gegenstände sich befanden, und haben blos bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Anfechtung dieses Rechtsgeschäfts durch den Gekl., als einem Gläubiger des C im Sinne des Gesetzes vom 16. März 1884 (RGB. 36) eine verschiedene Rechtsanschauung zum Ausdrucke gebracht. Da Gekl. in seiner Revision die von den beiden Untergerichten getheilte Annahme des wirklichen Abschlusses dieses Rechtsgeschäfts, worauf Kl. seinen Eigentumsanspruch stützt, durchaus nicht bekämpft, vielmehr unter Voraussetzung dieses Abschlusses die Frage der Zulässigkeit der Anfechtung dieser Rechtshandlung in den Kreis seiner Erörterungen zieht, erübrigt es blos, von dieser Seite das angef. o. g. U. einer Ueberprüfung zu unterziehen. Eine solche konnte nicht zu Gunsten des Gekl. ausfallen und es musste der o. g. Anschauung beigepflichtet werden, dass durch diese erwähnte Rechtshandlung den Gläubigern des C kein Nachtheil zugieng und eine darauf hinzielende Absicht dem Schuldner bei Abschluss dieses Rechtsgeschäfts nicht zur

Last gelegt werden kann, wenn erwogen wird, dass C zu einer Zeit, wo er, von seinen Gläubigern unter Creditentziehung auf Zahlung ihrer Forderungen gedrängt, mit Executionen verfolgt wurde und am Rande der Concurseröffnung stand, wodurch seinen Gläubigern eine grosse Einbusse bevorstand, sein Geschäft mit Activen und Passiven dem Kl., als einem aufrecht stehenden Kaufmanne, von welchem der Gekl. in der Revision zulässt, dass derselbe vermögend sei und dass es einzelnen Gläubigern empfehlenswert war, ihn statt des Schuldners anzunehmen, abgetreten hat und dadurch seine Gläubiger in eine bessere Situation gebracht hat, wie dies auch die Folge lehrte, indem aus den Aussagen der vernommenen zahlreichen Gläubiger des C nicht hervorkommt, dass sie durch das fragliche Arrangement einen Nachtheil erlitten; wenn ferner erwogen wird, dass auch Gekl., dessen Forderung gegen C per M. 161.40 Kl. mit zu übernehmen hatte, dieselbe vom Kl., sobald derselbe sich daran errinnerte, bezahlt erhielt, dass Gekl., mit Rücksicht auf die seiner Forderung vorangehenden Pfandgläubiger, aus den gepfändeten Sachen, wenn sie im Eigentume des C geblieben und die Forderungen der dem Bel. vorangehenden Pfandgläubiger unberichtet geblieben wären, kaum die Capitalsforderung oder nur einen Theil derselben erhalten hätte. Der Umstand, dass Gekl. mit den Zinsen und Kosten dieser Forderung unbefriedigt blieb, kann die Annahme einer Schadensabsicht des Schuldners bei Abschluss dieses fraglichen Rechtsgeschäfts nicht begründen, da zur Zeit dieses Vertragsabschlusses die fraglichen Zinsen und Kosten noch gar nicht erwachsen sind, Gekl. erst später seine Forderung einklagte und deshalb gegen C Execution führte, wodurch obige Nebengebühren entstanden, auf welche bei Abschluss dieses Vertrags gar nicht gedacht werden konnte, so dass eine Absicht, in Hinsicht auf diese Nebengebühren den B zu schädigen, unmöglich angenommen werden kann. Wenn ferner Gekl. auf den Inhalt des vom Kl. nach diesem Geschäftsabschlusse durch die Kanzlei seines Rechtsfreunds an die Gläubiger des C gerichteten Circulärs hinweist, worin Kl. von denselben die Zahlung nur gegen einjährige Stundung und Verzicht auf die Nebengebühren oder Gewährung eines 25procentigen Nachlasses in Aussicht stellte, so hat das mit dem Vertragsabschlusse nichts gemein. C hat dem Kl. die Zahlung der Passiven übertragen und keine auf eine Schädigung seiner Gläubiger deutende Bestimmung in den Vertrag aufnehmen lassen, wie auch Kl. von diesem Vorschlage nur bei Zustimmung der Gläubiger des Schuldners Gebrauch machte, sonst deren Forderungen voll bezahlte. Wird noch erwogen, dass gar nicht zu bezweifeln ist, dass im Falle der Nichtübertragung des Geschäfts von C an den Kl., als einen vermögenden Geschäftsmann, bei der precären Vermögenslage des C dessen Gläubiger gegen ihren Willen hart mitgenommen worden wären, resp. eine grössere Einbusse erfahren hätten, kann in der fraglichen Rechtshandlung zwischen dem Kl. und seinem Bruder C ein den Gläubigern des letzteren zugefügter Nachtheil oder eine darauf zielende Absicht des Schuldners nicht erblickt werden, wonach auch selbstverständlich eine solche Schadensabsicht dem Kl. nicht bekannt werden konnte.

173.

Alimentationsanspruch der blos factisch geschiedenen Gattin aus dem durch Entrichtung und Annahme der Alimente getroffenen Uebereinkommen.

Vgl. Bd. VI Nr. 492.

(E. 22. Nov. 1888, Z. 12797.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Alimentationsklage wurde in den oberen Instanzen stattgegeben, vom OGH. unter Herabsetzung der Alimente von 30 fl. auf 22 fl. monatlich aus folgenden Gründen: Ueber den Anspruch der Kl., von ihrem Ehegatten einen anständigen Unterhalt zu fordern, könnte im Scheidungsverfahren, u. z. nach Maassgabe des § 8 des Hfd. vom 23. Aug. 1819 (JGS. 1595) durch ein rechtliches Erkenntnis entschieden werden; dieselbe kann aber auch diesen ihren Anspruch aus dem Grunde eines zwischen ihr und ihrem Ehegatten getroffenen Uebereinkommens ableiten. Der erstere Fall liegt hier nicht vor. Es muss aber das Vorhandensein einer einverständlichen Vereinbarung zwischen den streitenden Eheleuten als erwiesen angenommen werden, weil aus den Zuge-

ständnissen der beiden Streittheile hervorgeht, dass dieselben die eheliche Gemeinschaft untereinander im beiderseitigen Einverständnisse aufgehoben haben, und auch in Betreff des der Kl. von dem Gekl. zu leistenden Unterhalts mit einander einverstanden waren, indem der Gekl. der Kl. anfangs 30 fl. und später 22 fl. als monatlichen Unterhalt zuwendete und letztere diese ihre monatlich zugewendeten Unterhaltsgelder anstandslos annahm. Bei Vorhandensein eines Einverständnisses zwischen den streitenden Eheleuten ist also der Anspruch der Kl. auf Gewährung des Unterhalts durch den Gekl. begründet. Belangend den Umfang, in welchem die Kl. den ihr zustehenden Unterhalt von dem Gekl. zu beanspruchen berechtigt ist, so erscheint auch in dieser Beziehung für die Verpflichtung des Gekl. das beiderseitige Einverständnis maassgebend, wodurch das Forderungsrecht der Kl. derart begrenzt ist, dass dieselbe von ihrem Ehegatten nur das beanspruchen darf, wozu er sich verpflichtet hatte. Jeder dieses Maass überschreitende Anspruch der Kl. ist daher ungerechtfertigt und kann aus dem Titel des getroffenen beiderseitigen Einverständnisses nicht abgeleitet werden. Dem gesagten zufolge musste also das o. g. U. im Ausspruche sub I als der Sachlage und den eben entwickelten Grundsätzen entsprechend bestätigt, im Ausspruche sub II aber unter theilweiser Stattgebung der Revisionsbeschwerde des Gekl. abgeändert und die der Kl. von dem Gekl. pro futuro zu zahlenden monatlichen Alimentationsbeträge von 30 fl. auf 22 fl. herabgesetzt werden.

B. Handels- und Wechselrecht.

174.

Ueberlebens-(Tontinen-)Versicherung; Stellung des Versicherten und des Versicherungsnehmers: Einbeziehung der Versicherungssumme in den Nachlass des Letzteren.

(E. 9. April 1889, Z. 4070.)

Die vom Abhandlungsrichter verfügte Einbeziehung der aus einer Ueberlebens-Association der Versicherungsanstalt „Anker“, welcher M als Versicherungsnehmer für seine Tochter A als Versicherte beigetreten war, nach dem Liquidierungstermin zur Auszahlung gelangten Summe in den Nachlass des inzwischen verstorbenen M wurde vom OLG. über Recurs des Vormunds der A behoben in der Erwägung, dass nach § 97 des kais. Pat. vom 9. Aug. 1854 (RGB. 208) nur dasjenige Vermögen, in dessen Besitze sich der Erblasser zur Zeit seines Ablebens befunden hat, in das Inventar einzustellen ist, dass weder der in Frage stehende Antheil an dem von der Association erworbenen Vermögen am Tage des am 26. December 1884 erfolgten Todes des M sich in dessen Besitz befand, noch auch der Anspruch auf denselben als ein Bestandtheil des Verlassenschaftsvermögens zu betrachten ist, weil in dem Versicherungsvertrag nicht der Erblasser oder seine Verlassenschaft, sondern seine Tochter A als die Versicherte bezeichnet und aus dem Vertrag nicht zu entnehmen ist, dass M für den Fall, als seine genannte Tochter den Liquidierungstermin, das ist den 1. Jänner 1888, erlebt, sich selbst oder seine Verlassenschaft die Versicherungssumme als Vermögen zuwenden wollte; dass hieran auch der Umstand, dass am Schlusse des zwischen M und der Gesellschaft geschlossenen Vertrags der Erstere der Gesellschaft gegenüber als das begünstigte Associationsmitglied bezeichnet ist, an welchen oder an dessen Rechtsnachfolger die Versicherungssumme auszufolgen ist, aus dem Grunde nichts ändert, weil im betreffenden Absatz des Vertrags auf die besondere an die Spitze desselben gestellte Bedingung hingewiesen und dort nicht M, sondern A als die Versicherte bezeichnet wird.

Dem Revisions-Recurs des Curators der minderjährigen Geschwister der A, welche gleich dieser als gesetzliche Erben zum Nachlass des M berufen waren, stattgebend, fand der OGH. den erstr. Bescheid in der Erwägung wiederherzustellen, dass die aufgeworfene Frage nur nach dem Inhalt des Versicherungsvertrags beurtheilt werden kann, dass es sich nach der zu den Acten gebrachten auszugsweisen Abschrift dieses Vertrags um einen von M auf das Leben seiner Tochter A. aber zu seinen Gunsten geschlossenen Versicherungsvertrag handelt, dass die allgemeinen Versicherungs-Bedingungen, welche in der erwähnten Abschrift ausgelassen wurden, jedoch aus der von der Vormundschaft der A ihrem Recurs beigelegten Polizze zu entnehmen sind, jeden Zweifel über die dem M, als dem Associations-Mitgliede, bezw. seinen Rechtsnachfolgern, durch den Versicherungsvertrag eingeräumten Rechte, sowie darüber ausschliessen, dass es dem M, falls er zu Gunsten seiner Tochter A eine Verfügung zu treffen beabsichtigte, freigestanden wäre, diese Intention sowohl beim Abschlusse des Versicherungsvertrags nach Art. 2 oder in der Folge durch Cession nach Art. 22 zur Ausführung zu bringen, und dass demnach die Versicherungssumme zur Zeit nur von den Rechtsnachfolgern des M gegenüber der Versicherungs-Unternehmung angesprochen werden konnte, was von dieser Unternehmung auch anerkannt worden ist.

175.

Löschung einer registrierten Genossenschaft, die noch nicht constituiert sein soll.

(E. 12. Febr. 1889, Z. 1633.)

Das Gesuch des A und B um Löschung der Firma „Spar- und Vorschussverein ‚Vindobona‘, registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung“, wurde den Einschreitern mit der Weisung zurückgestellt, dass vorerst die Eintragung der Liquidations-Firma und der Liquidatoren, sowie die gesetzlich vorgeschriebene Gläubigereinberufung zu veranlassen sei (§ 40 des Genossenschaftsgesetzes), wozu eine Frist von 30 Tagen ertheilt wird. Dem dagegen überreichten Recurse wurde vom OLG. keine Folge gegeben, weil die Genossenschaft, gemäss § 8 des Gesetzes vom 9. April 1873 (RGB. 70) über Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften, mit der erfolgten Eintragung in das Genossenschafts-Register ihre rechtliche Existenz erreicht hat; die Firmalöschung einer Genossenschaft nur nach erfolgter Durchführung der Liquidation in Gemässheit der §§ 41 u. f. des Gesetzes vom 9. April 1873 zulässig erscheint; von dieser Bestimmung auch in dem vorliegenden Falle zur Wahrung der Interessen dritter etwa betheiligter Personen umsoweniger Umgang genommen werden kann, als im § 51 des Genossenschaftsvertrags die Führung der Vereinsgeschäfte bis zur constituierenden Generalversammlung und der in Aussicht genommenen Wahl eines Vorstands bestimmten Personen übertragen war und die diesen Personen eingeräumte zeitweilige Actionsfähigkeit, selbst dann, wenn ein Beschluss auf Auflösung der Genossenschaft wegen Mangels der nach dem Genossenschaftsvertrage hiezu erforderlichen Mitgliederzahl nicht stattfinden könnte, zur Folge hat, dass nicht schon auf die einseitige Angabe des etwaigen Schuldners, es seien keine Passiven vorhanden, sondern erst nach Erfüllung der zur Wahrung der Interessen der Gläubiger vorgeschriebenen Bedingungen, insbesondere der im § 40 des Genossenschaftsgesetzes angeordneten Einberufung der Gläubiger mit der Firmalöschung vorgegangen werden kann.

Auf den a. o. Revisionsrecurs fand der OGH. die vorinstanzlichen EE. aufzuheben und dem HG. aufzutragen, zunächst den Sachverhalt zu erheben, zu welchem Zwecke nötigenfalls die Mitwirkung der Verwaltungsbehörde in Anspruch zu nehmen sein wird, sohin aber nach Vorschrift des Gesetzes sein Amt zu handeln: dies in der Erwägung, dass nach den Angaben des vorliegenden Gesuchs die im Genossenschafts-Register vorgenommene Eintragung, welche den Bestand einer die statutenmässige Constituierung einer Genossenschaft ermöglichenden Vereinigung zur unerlässlichen Voraussetzung hat, als der thatsächlichen Grundlage entbehrend und die Erwirkung der Eintragung als eine unberechtigte bezeichnet werden müsste; dass aber die Darstellung des erwähnten Gesuchs sich in einem offenbaren Widerspruche mit der in dem Registrierungs-Gesuche auf-

gestellten, im Zusammenhange mit § 51 der Statuten zu würdigenden Bahauptung befindet, nach welcher sich eine Genossenschaft unter der angegebenen Firma bereits gebildet hat; dass auch nachgefolgte Fristgesuche das Hinausschieben der constituierenden Generalversammlung nur mit der Hinweisung auf inzwischen eingetretene Hindernisse entschuldigen, und dass die Einschreiter die Richtigkeit der von ihnen gemachten Angaben zu verantworten haben.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

176.

Vollstreckbarkeit des einverleibten executionsfähigen Notariatsacts wider den späteren Erwerber des Hypothekarguts (NotO. § 31, GbG. § 60.)

(E. 5. März 1889, Z. 1660.)

Die vom OLG. unter Hinweis auf § 6 der JMVdg. vom 19. Sept. 1860 (RGB. 212) behobene erstr. Executionsbewilligung wurde vom OGH. wieder hergestellt. Denn die Exequentin hat mit dem Grundbuchsauszuge nachgewiesen, dass sie auf Grund des Notariatsacts vom 13. Oct. 1883 die Einverleibung des Pfandrechts ob den dem A verkauften Gütern Dolholuka zur Sicherstellung des ganzen Kaufschillingsrests von 52.400 fl. sNG. in der Rangordnung vom 29. Oct. 1884 erwirkt hatte, und da im Punkt 16 dieses Notariatsacts der Käufer und Verpflichtete A zugestimmt hat, dass derselbe in Ansehung aller darin bedungenen Geldzahlungen sofort vollstreckbar sein soll und da dieser die Einklagung von vornherein ausschliessenden, im öffentlichen Buche ersichtlichen Vertragsbestimmung zum mindesten die Bedeutung einer Klagsanmerkung, welche die Bank als Gläubigerin im Sinne des § 5 der JMVdg. vom 19. Sept. 1860 (RGB. 212), bez. des § 60 des GbG. berechtigt, mit der Execution gegen jeden Eigentümer des Pfandrechts vorzugehen, beigemessen werden muss, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auf Grund des in Rede stehenden Notariatsacts die Execution auf das Pfandgut, sowohl gegen den Personalschuldner A, bez. dessen Nachlassmasse, als auch gegen den Hypothekarschuldner B, welcher nach Ausweis des Grundbuchs eine Hälfte des bereits belastet und der eventuellen Execution ausgesetzt gewesenen Pfandguts auf Grund des späteren Kaufvertrags vom 5. Febr. 1885 vom A an sich gebracht hat, worüber er sich die Ueberzeugung aus dem öffentlichen Buche, bez. aus dem betreffenden, der Urkundensammlung beigelegten Notariatsacte verschaffen, daher auch nicht über die ihn nach § 443 bGb. treffende Verpflichtung im Zweifel sein konnte, allerdings jedoch nur im Falle des Zutreffens der diesfalls vertragsmässig stipulierten Bedingungen geführt und bewilligt werden kann.

177.

Voraussetzung für die Pfandrechtseinverleibung für Steuerstrafen: Nachweis der Rechtskraft der Strafverfügung.

(E. 25. Sept. 1888, Z. 11430.)

Die abweisliche o. g. E. wurde vom OGH. bestätigt, weil der Restenausweis, auf Grund dessen die Einverleibung des executiven Pfandrechts auch für die Erwerbsteuerstrafe per 2520 fl. und für die Einkommensteuerstrafe per 840 fl. begehrt wird, lediglich ein Ausweis über die im dritten Quartale 1887 executionsfähig gewordenen Rückstände an directen Steuern ist. und demzufolge zwar über diese Steuerrückstände, nicht aber auch in Betreff der hievon unabhängigen obenwähnten Steuerstrafen einen Nachweis über deren Executionsfähigkeit zu liefern geeignet ist. und hieran weder durch die Bestimmung des § 33 des kais. Pat. vom 29. Oct. 1849 (RGB. 439) noch durch das – übrigens lediglich auf Haus-

zinsverheimlichungen sich beziehende — Decret der bestandenen Provinzial-Commission für das Grundsteuer-Provisorium vom 19. Aug. 1825, Z. 14536 (Geller, Steuergesetze Nr. 94) umsoweniger etwas geändert wird, als inhaltlich des letzten Decrets die Weisung bestand, dass, wenn die Recursfrist verlaufen ist, ohne dass ein Recurs eingebracht und bei der betreffenden Obrigkeit ausgewiesen worden ist, der Strafbetrag ohneweiters einzutreiben ist, in dem vorliegenden Falle aber weder das Executionsgesuch, noch der Restenausweis den Inhalt und das Datum der betreffenden Zahlungsaufträge, geschweige denn den Zeitpunkt der erfolgten Zustellung derselben an den A und den Ablauf der Recursfrist entnehmen lassen.

178.

Wirkungslosigkeit und Unstatthaftigkeit der depositenämtlichen Anmerkung der Vorrechtsklage der nachstehenden Pfandgläubiger gegen einen vorgehenden hinsichtlich des gerichtlich verwahrten Meistgebots für versteigerte Fahrnisse.

(E. 25. April 1888, Z. 5013.)

Das vom 1. R. bewilligte Gesuch um Anmerkung der Klage des A und Cons. gegen B auf Unwirksamkeit der an ihn in der bereits rechtskräftigen Meistgebotsvertheilung vom 19. Sept. 1887 erfolgten Zuweisung eines Betrags per 2046 fl. 73 kr. von dem für die Fahrnisse des Executen erzielten und im Depositenamte erliegenden Meistgebote per 3280 fl. 99 kr. und Zuweisung dieses Betrags an die Einschreiter als die zunächst leer ausgehenden Pfandgläubiger in dem Depositenbuche wurde vom OLG. abgewiesen. Denn jene depositenämtliche Anmerkung könnte zur Folge haben, dass diejenigen Personen, denen auf das Depositum Rechte zustehen, frei mit demselben nicht verfügen könnten, so dass diese Anmerkung eine der Wirkung eines gerichtlichen Verbots ähnliche Folge hätte; die Gesuchsteller haben aber nicht nachgewiesen, dass sie das Recht haben, der Ausfolgung des Depositums an die Berechtigten entgegenzutreten, weshalb die Anmerkung der Streitigkeit des Depositums zu verweigern war; überdies besteht ein Gesetz nicht, welches die Anmerkung der Klageüberreichung bei einem Depositum gestatten würde.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. in Erwägung, dass seitens der Kl. ein mittlerweiliges Sicherstellungsmittel nach Vorschrift der aGO. nicht begehrt wurde, die blosse Anmerkung der Klage im Depositenhauptbuche aber eine rechtliche Wirkung nicht zu begründen vermag, weshalb dieselbe nicht zuzulassen ist.

179.

Hat das Gericht von amtswegen für die Abschreibung der dem Wechselgläubiger aus dem Gerichtsdeposite erfolgten Gelder auf den Wechsel zu sorgen?

(E. 16. Jän. 1889, Z. 181.)

In den Vorinstanzen war die Erfolglassung des vom Executionsrichter übersandten Betrags an den Gläubiger nur gegen Abschreibung auf dem Wechsel bewilligt worden. Der OGH. beseitigte diese Bedingung. Denn bei dem Umstande, als es nach Art. 39 WO. lediglich ein Recht des Wechselschuldners, der eine Theilzahlung geleistet hat, ist, zu verlangen, dass die Zahlung auf dem Wechsel abgeschrieben und ihm die Quittung auf einer Abschrift des Wechsels ertheilt werde, als ein solches Begehren des Wechselschuldners nicht vorliegt und als auch das Vollzugsgericht die Ausfolgung des eingehobenen Betrags an den Recurrenten von der Abschreibung des Theilbetrags per 14 fl. auf dem Originalwechsel und von der Ausfertigung einer Quittung über diesen Betrag auf einer Abschrift des Wechsels nicht abhängig gemacht hat, kann es nicht Sache des Richters sein, von amtswegen die Rechte des Wechselschuldners zu wahren und in seinem Namen ein Verlangen an den Wechselgläubiger zu stellen, dessen Stellung nach

dem Gesetze lediglich dem Belieben des ersteren überlassen erscheint. Da hiernach die beiden untergerichtlichen Erledigungen eine offenbar unbegründete Beschränkung des Recurrenten in der Durchführung seiner Executionsrechte erkennen lassen, so wurden selbe nach Maassgabe des Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS 2593) abgeändert.

D. Civilprocess.

180.

Gerichtssprache in Schlesien.

(E. 20. März 1889, Z. 3178.)

Dem Recurse gegen die deutsche Verbescheidung einer beim st. d. BG. Troppau in czechischer Sprache eingebrachten Klage wurde vom OLG. keine Folge gegeben. Gründe: Die vor mehr als drei Jahrhunderten bestandene Uebung von früheren angeblich zu Recht bestandenen Gerichtsordnungen aus den Jahren 1563 und 1573 kann für die Gegenwart nicht maassgebend sein, die Bestimmungen des § 13 GO. und des Art. 19 des Gesetzes vom 21. Dec. 1867 (RGB. 142) aber wurden durch die mit der JMVdg. vom 12. Oct. 1882, Z. 15847, getroffene Verfügung, wonach bei dem Landesgerichte und dem st. d. BG. in Troppau . . . . in böhmischer Sprache verfasste Eingaben bei Gericht anzunehmen sind, ausreichend gewahrt.

Der OGH. verwarf den a. o. Revisions-Recurs in der Erwägung, weil bei der Textierung des JME. vom 12. Oct. 1882, Z. 15847, welcher derzeit als maassgebend angesehen werden muss und welcher sich bezüglich der Erledigung der in czechischer Sprache eingebrachten Eingaben von der für die Markgrafschaft Mähren ergangenen MVdg. vom 19. April 1880 (LGB. 17) wesentlich unterscheidet, die Bedingungen des Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) zur Abänderung gleichförmiger Entschädigungen I. und II. Instanz fehlen.

181.

Gerichtsstand der Retorsion gegenüber Angehörigen der Ungarischen Reichshälfte: Begriff einer Buchauszugs- und Rechnungsforderung.

Vgl. Bd. I Nr. 29 579; Bd. VI Nr. 127. 369.

(E. 23. Jän. 1881, Z. 6.)

Die vom 1. R. zugelassene Incompetenzeinwendung wurde vom OLG. verworfen. Gründe: Im vorliegenden Rechtsstreite wird die Zuständigkeit des Handelsgerichts Wien auf den § 29 a JN. gestützt. Diese Gesetzesstelle bestimmt, dass Unterthanen auswärtiger Staaten vor den österreichischen Gerichten in allen jenen Fällen belangt werden können, in welchem der Staat, dem sie angehören, auch Klagen gegen österreichische Unterthanen zulässt. Die kl. Firma beruft sich nun auf den § 35 des ungar. Gesetzesartikel LIV vom Jahre 1868, nach welchem Buchauszugs- und Rechnungsforderungen innerhalb anderthalb Jahren vor dem Gerichte des Orts eingeklagt werden können, an welchem die Bücher geführt werden. Zum Beweise dieser gesetzlichen Bestimmung bezieht sich die klagende Firma auf ein bei dem Wiener Handelsgerichte (z. Z. 85172 ex 1882) in einer anderen Rechtssache erliegenden Amtszeugnis des königl. ungarischen Justizministeriums ddo. Budapest den 9. Juli 1882. Der 1. R. hat aber seine Zuständigkeit nicht anerkannt, weil die erwähnte gesetzliche Bestimmung durch das in einem anderen Rechtsstreite erliegende Amtszeugnis gerichtsordnungsmässig nicht bewiesen werde, indem es nicht Sache des Gerichts sei, Urkunden aus anderen Rechtsstreiten zwischen anderen Streittheilen für den beweispflichtigen Streittheil beizubringen und weil auch der Nachweis fehlt, dass das bezügliche Gesetz noch

derzeit Geltung habe. Wird jedoch erwogen, dass es sich diesfalls um ein internationales Recht handelt, welches dem österreichischen Richter allerdings glaubwürdig nachgewiesen werden muss, dass aber die beweispflichtige Partei, welche einen bestimmten Inhalt behauptet, dieser ihrer Verpflichtung nachkommt, wenn sie sich auf ein dem Gerichte bereits in einer anderen Rechtssache vorliegendes Amtszeugnis beruft, weil sich der Richter von dem Inhalte des auswärtigen Gesetzes die erforderliche Kenntnis verschaffen kann, welche diesfalls allein maassgebend ist; wird ferner erwogen, dass eine mittlerweilige Aenderung oder Aufhebung des Gesetzes von dem Gegner behauptet und bewiesen werden müsste, so kann dem erstr. Abweisungsgrunde nicht beigepflichtet werden. Da nun die kl. Firma bei dem Wiener Handelsgerichte protokolliert ist, so erscheint die Kl. als ein zur Führung der Handelsbücher verpflichteter Kaufmann mit dem Sitze des Geschäfts in Wien zur Klageführung wider den Gekl. in reciproker Anwendung des ungarischen Gesetzes vor dem Gerichte in Wien, u. zw. nach § 38, Abs. 1 des EinfG. zum Hgb. vor dem Handelsgerichte während des gesetzlichen Zeitraums von 1½ Jahren berechtigt. Da mit Rücksicht hierauf die Klage rechtzeitig angebracht wurde, ist die Einwendung der Unzuständigkeit des Gerichts nicht begründet.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Der Kl. hat den von ihm in der Klage geltend gemachten, auf § 43 JN. gestützten Grund der Competenz des Wiener Handelsgerichts im Laufe des Processes nicht weiter festgehalten, sondern von der Replik angefangen die Competenz des HG. Wien einzig und allein auf den § 29 a JN. gestützt, laut welchem Unterthanen auswärtiger Staaten vor den österreichischen Gerichten infolge der Gegenseitigkeit in allen jenen Fällen belangt werden können, in welchen der Staat, welchem sie angehören, auch Klagen gegen österreichische Unterthanen zulässt. Der Kl. hat demzufolge den § 35 des ungarischen Gesetzartikels LIV v. J. 1868 angerufen, welcher bestimmt, dass Buchauszugs- und Rechnungsforderungen innerhalb anderthalb Jahren, und wenn der Buch- oder Rechnungsauszug gesetzlich beglaubigt ist, innerhalb drei Jahren vor dem Gerichte des Orts eingeklagt werden können, an welchem die Bücher geführt werden. Nach dieser Gesetzesstelle wird vorausgesetzt, dass die eingeklagte Forderung auf einen Buchauszug oder auf eine Rechnung sich gründe, wofür der Umstand spricht, dass nicht von Buchforderungen im allgemeinen, sondern von Buchauszugsforderungen die Rede ist. Es kann auch die im citierten ungarischen Gesetzartikel vorausgesetzte Führung von Handelsbüchern allein zur Begründung der Competenz nicht genügen, vielmehr muss die eingeklagte Forderung in diesen Büchern auch eingetragen sein, welcher Umstand nur durch einen Buch- oder Rechnungsauszug dem Richter, der über seine Competenz entscheiden soll, dargethan werden kann. Nachdem aber Kl. im vorliegenden Falle nicht gezeigt hat, dass es sich um eine Buchauszugs- oder Rechnungsforderung handelt, nachdem er überhaupt nicht einmal behauptet, dass die eingeklagte Forderung in seinen Büchern sich eingetragen finde, so erscheint die Incompetenzeinwendung des Gekl. begründet.

182.

Personal-Gerichtsstand für die persönliche Schuldklage aus einem Hypothekardarlehen.

(E. 8. Febr. 1889, Z. 371.)

Die vom 1. R. zugelassene Incompetenz-Einwendung gegen die bei der Realinstanz eingebrachte Darlehensklage wurde vom OLG. verworfen. Gründe: Die vorliegende Klage ist auf die Zahlung einer mit Pfandrecht auf ein unbewegliches Gut versicherten Forderung gerichtet und es steht daher der Kl. nach § 56 JN. frei, ihre Klage entweder bei dem nach dem Wohnsitze des Gekl. zuständigen, oder bei jenem Gerichte, welchem er unterstände, wenn er auf dem unbeweglichen Gute seinen Wohnsitz hätte, zu überreichen. Der Umstand, dass der Gekl. seinen Realitätenantheil verkauft hat und nicht mehr bücherlich besitzt, dass er somit nur Personalschuldner ist, kann dieses Wahlrecht der Kl. nicht beeinträchtigen, weil der oben bezogenen Bestimmung des § 56 JN. gemäss § 6

bGb. kein anderer Verstand beigelegt werden darf, als welcher aus der eigentlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, in erster Richtung aber die Gesetzesbestimmung ganz allgemein lautet und einen Unterschied rücksichtlich der Person des Gekl. nicht macht, in letzterer Richtung aber die Absicht des Gesetzes offenbar nur dahin gerichtet ist, den Gläubiger in der Geltendmachung seines Rechts möglichst wenig zu beschränken.

Der OGH. fand das erstr. U. wiederherzustellen. Gründe: Der § 13 JN. stellt den Grundsatz auf, dass alle Klagen in der Regel bei demjenigen Gerichte anzubringen sind, in dessen Sprengel der Gekl. zur Zeit der Anbringung der Klage seinen ordentlichen Wohnsitz hat. Die §§ 49 bis 56 behandeln den Realgerichtsstand als Ausnahme jener Regel, und wenn der § 56 bestimmt, dass Klagen auf Zahlung einer mit Pfandrecht auf ein unbewegliches Gut versicherten Forderung nach der Wahl des Kl. auch bei dem Realgerichte eingebracht werden könne, so hat dieser Paragraph die eigentliche Hypothekarklage, das ist eine solche Klage, vor Augen, mit welcher die Realisirung des für die Forderung grundbücherlich sichergestellten Pfandrechts aus dem Pfandobjecte selbst, mithin Zahlung bei sonstiger Execution auf die Hypothek, begehrt wird. Die am 20. April 1888 überreichte Klage hat sowohl nach der Rubricierung, als auch nach dem Begehren nicht den Charakter einer Hypothekarklage, weil B nicht als Besitzer der Hypothek geklagt wird und auch nicht geklagt werden konnte, da er dieselbe unbestrittenermassen bereits am 29. Nov. 1884 an die C verkauft hat und die Hypothek auf ihren Namen eigentümlich umschrieben wurde, und weil ferner auch das Klagebegehren nicht auf Zahlung bei sonstiger Execution auf die Hypothek gerichtet ist. Die den Stritt einleitende Klage ist eine persönliche Klage, in welcher einfach vom Personalschuldner die Zahlung eines ihm dargeliehenen Betrags begehrt wird, und da derselbe nicht im Sprengel des angerufenen Gerichts seinen ordentlichen Wohnsitz hat, und eine andere dessen Competenz begründende Thatsache in der Klage nicht einmal behauptet wurde, muss der erhobenen Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstands stattgegeben werden.

183.

Anrechenbarkeit der von einem Rechtspraktikanten in activer Militärdienstleistung zugebrachten Zeit in die Advocaturpraxis (AdvO. § 2; Ges. vom 22. Juni 1878, RGB. 59, § 1 und 5).

(E. 28. Dec. 1888, Z. 14962.)

Dem vom OLG. abgewiesenen Gesuche um Zulassung zum Advocateneide wurde vom OGH. stattgegeben. Denn Gesuchsteller hat laut der dem Gesuche beigelegten Zeugnisse den Erfordernissen nach § 5 der AdvO. entsprochen. Was den in der o. g. E. geltend gemachten Abweisungsgrund, nämlich Mangel der gesetzlichen Dauer der Praxis anbelangt, so kann derselbe als bestehend nicht erkannt werden. Es kann nemlich einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass unter die im § 1 des Ges. vom 22. Juni 1878 (RGB. 59) den daselbst bezeichneten Civilstaatsbediensteten gesetzlich gleichgestellten Personen auch die Rechtspraktikanten gehören, weil gemäss den bestehenden gesetzlichen Vorschriften die Zulassung zur Gerichtspraxis bei einem bestimmten Gerichte vom OLG.-Präsidenten bewilligt wird, der Rechtspraktikant auch das vorgeschriebene Gelöbnis zu leisten hat, übrigens das bezogene Gesetz im § 6 Abs. 3 ausdrücklich auch Praktikanten angeführt und selbe den Auscultanten gleichstellt Auf den Recurrenten, welcher laut des Zeugnisses des k. k. HG. Prag bei diesem Gerichte in der Zeit vom 7. Nov. 1881 bis 19. Dec. 1882 als Praktikant in Verwendung stand, während dieser Gerichtspraxis aber in seiner Eigenschaft als Reserveofficier zur activen Dienstleistung einberufen, vom 21. Jän. 1882 bis 21. Oct. 1882 Kriegsdienste in Bosnien geleistet hat, findet daher die Bestimmung des § 5 c des vorbezogenen Gesetzes Anwendung und kann die Gerichtspraxis durch die während derselben stattgefundenen Verwendung im Kriegsdienste nicht als unterbrochen angesehen werden; es ist die Zeit dieser Verwendung in die Gesammtpraxis des Recurrenten einzurechnen.

184.

Anspruch des einer verklagten Verlassenschaft bestellten Curators ad actum auf die Stempel- und Gebürenfreiheit.

(E. 9. April 1889, Z. 3920.)

Dem Gesuche des einer belangten Verlassenschaft bestellten Curators ad actum um Gewährung der Stempel- und Gebürenbefreiung wurde in den Vorinstanzen keine Folge gegeben, vom OLG. mit der Begründung, weil die vom Recurrenten berufene Tarifpost 44d GebG. blos normiert, dass Gesuche der von amtswegen bestellten Vertreter um die Gebürenbefreiung stempelfrei sind, hiedurch die von den Gerichten zu entscheidende Frage über die Ertheilung der angesuchten Stempel- und Gebürenbefreiung nicht berührt wird, in dieser Richtung vielmehr die Vorschriften des Hfd. vom 26. Juli 1840 (JGS. 457) maassgebend sind, welchen Recurrent nicht entsprochen hat, gleichwie der vom Recurrenten bezogene FME. vom 4. Sept. 1852, Z. 30830 auf den vorliegenden Fall, wo eine Verlassenschaft geklagt erscheint, keine Anwendung findet.

Der OGH. fand dem Gesuche stattzugeben, in der Erwägung, dass Dr. G für die liegende Masse des K zum Curator ad actum bestellt wurde; dass dieser in seiner Eigenschaft als von amtswegen bestellter Curator um Stempel- und Gebürenbefreiung einschreitet, daher bei der Beurtheilung der Statthaftigkeit dieses Begehrens nicht die TP. 44c GebG. und das Hfkzd. vom 26. Juli 1840 (JGS. 457), sondern die TP. 44d Anwendung findet, welche ein diesfälliges Einschreiten gestattet und im Gegensatze zur TP. 44c die Beibringung eines Armutszeugnisses nicht fordert; dass sonach die conformen Entscheidungen der Untergerichte wider das Gesetz verstossen

185.

Unstatthaftigkeit der Erneuerung des bereits durch Ablegung des Armutseides seitens des Klägers erledigten Cautionsbegehrens unter Herabsetzung der Cautionssumme.

(E. 16. Oct. 1888, Z. 12217.)

Das vom 1. R. aufrecht erledigte Gesuch um Auftrag zur Bestellung der Klagscaution wurde vom OLG. a limine abgewiesen, weil bereits die Vormundschaft des B zur Zeit seiner Minderjährigkeit dasselbe Begehren gestellt hat und dieses Begehren bereits mit dem vom Kläger abgelegten Paupertäts-Eide seine definitive Erledigung gefunden hat.

Der OGH. bestätigte die o. g. E., weil es nach der Actenlage keinem Zweifel unterliegt, dass der Beschwerdeführer sich mit den übrigen Rechtsnachfolgern seines Vaters in der gleichen Rechtslage befindet; weil es an jedem Grunde für die Voraussetzung fehlt, dass der Beschwerdeführer eine abgesonderte processuale Stellung einzunehmen habe; weil sich demnach sein Einschreiten nur als ein Versuch der Erneuerung der bereits erledigten Verhandlung über die Bestellung einer actorischen Caution würdigen lässt; weil auch die Herabsetzung der Cautionsforderung nicht zu einer solchen Erneuerung berechtigen kann; und weil dem offenbar auf Verschleppung der Sache gerichteten Bemühen des Beschwerdeführers entgegentreten werden muss.

186.

1. Verhandlungsmaxime im Civilprocess: Entscheidung nach dem Inhalt der Acten. — 2. Voraussetzung der condictio indebiti: Zahlung aus Irrtum.

(E. 20. Febr. 1889, Z. 187.)

Die vom 1. R. zugelassene Klage der Kronprinz Rudolf-Bahn wider A auf Zahlung von 514 fl. 68½ kr. wurde vom OLG. abgewiesen. G r ü n d e: Die Kl. gründet ihren Anspruch darauf, dass sie von A gegen Bezahlung eines Entschädigungs-Capitals per 1010 fl. ö. W. für zum Baue der Kronprinz Rudolf-Bahn in Anspruch genommene Grundflächen mit 3 Joch 587 Quadratklafter nur 1 Joch

635 Quadratklafter abgetreten erhielt und für den Bahnkörper factisch nur 1 Joch 635 Quadratklafter verwendet wurden, dass sie somit, da für das Joch ein Einheitspreis von 300 fl. vereinbart wurde, dem A um 514 fl. 68½ kr. irrtümlich zu viel bezahlte, somit berechtigt sei, den zu viel bezahlten Betrag per 514 fl. 68½ kr. ö. W. zurückzufordern. Ehevor noch in eine Prüfung der Grundhältigkeit des kl. Begehrens eingegangen werden kann, ist vor allem zu erwägen, ob angesichts des notorischen Umstands, dass die Kronprinz Rudolf-Bahn für den Staat erworben wurde, die Kl. berechtigt sei, dieses angeblich noch ausstehende Guthaben in ihrem Namen einzuklagen. Nach Art. I Abs. b des Gesetzes ddto. 8. April 1884 (RGB. 51) wurde das Uebereinkommen, abgeschlossen zu Wien am 11. Dec. 1883, betreffend die Betriebsführung der Kronprinz Rudolf-Bahn durch den Staat und die eventuelle Einlösung dieser Bahn durch den Staat, genehmigt und laut Art. VIII der Tag der Kundmachung dieses Gesetzes, d. i. der 25. April 1884 als der Zeitpunkt fixiert, an welchem dieses Uebereinkommen in Wirksamkeit tritt. Laut § 4 des Uebereinkommens vom 12. December 1883 bleibt zwar bis zur Einlösung der Bahn durch den Staat die Kronprinz Rudolf-Bahn Besitzerin der Eisenbahn und des zum Betriebe derselben gehörigen festen und beweglichen Materials. Dagegen gehen im Uebrigen sämmtliche Activen und Bestände des gesellschaftlichen Vermögens, sie mögen aus welcher Zeit immer stammen, in das Eigentum des Staats über. Nach diesem Uebereinkommen ist demnach die Kl. nicht berechtigt, dieses Activum, falls selbes wirklich zu Recht bestünde, einzuklagen, hiezu wäre nur die Finanzprocuratur namens des Staats, an welchen dieses Activum des gesellschaftlichen Vermögens laut § 2 des obcitierten Uebereinkommens übergegangen ist, berechtigt. Aber würde man auch zugestehen, dass die eingeklagte Forderung nicht unter die an den Staat übergegangenen Activen des gesellschaftlichen Vermögens subsumiert werden könne, so ist doch die geklagterseits erhobene Einwendung des Mangels der activen Klagslegitimation auch anderweitig begründet. Die Kl. bezeichnet selbst ihre Klage als eine condictio indebiti. Grundbedingung dieser Klage ist jedoch einerseits Bereicherung auf Seite des Gekl. und anderseits eine Minderung des Vermögens auf Seite des Kl. Durch das Zugeständnis der Kl. ist nun erwiesen, dass die Kronprinz Rudolf-Bahn der Bauunternehmung zum Zwecke der Einlösung des zum Bahnbaue erforderlichen Grundes eine Pauschalsumme bezahlte, mit welcher die Bauunternehmung sich zufriedenstellte. Hieraus ergiebt sich, dass die Beträge, welche die Bauunternehmung für die eingelösten Grundflächen bezahlte, für die Kl. völlig bedeutungslos sind, indem der Schaden und Nutzen, der hieraus resultierte, nur der Bauunternehmung zugute kömmt, beziehentlich zur Last fällt. Hat wirklich eine Zuvielzahlung stattgefunden, so wurde selbe nur durch die Bauunternehmung geleistet und hätte hiedurch nur diese, nicht aber die Kl. einen Schaden erlitten, weshalb auch nur die Bauunternehmung, nicht aber die Kl. zur Anstrengung der condictio indebiti legitimiert ist.

Der OGH. bestätigte das o. g. U., jedoch aus anderen Gründen: Der OGH. kann den Gründen nicht beipflichten, aus welchen das OLG. das Klagebegehren abgewiesen hat. Denn eine thatsächliche Behauptung in der Richtung, dass der mit der vorliegenden Klage verfolgte Privatrechtsanspruch infolge Cession an einen Dritten übergegangen, insbesondere dass dieser Uebergang zufolge des zwischen der Kronprinz Rudolf-Bahngesellschaft und der Staatsverwaltung über die Betriebsführung dieser Bahn durch die letztere am 11. Dec. 1883 geschlossenen und durch das Gesetz vom 8. April 1884 (RGB. 51) genehmigten Uebereinkommens an den Staat geschehen sei, ist von dem Gekl. im Laufe des Processes gar nicht aufgestellt worden und es haben die letzteren aus dieser Thatsache keinerlei Bestreitung des Klagerechts eingeleitet. Eben deshalb hat im Processe auch keine Verhandlung zwischen den Streittheilen über die Frage stattgefunden, ob der vorliegende Klagsanspruch unter die zufolge § 4 jenes Uebereinkommens an den Staat übergegangenen Activen zu subsumieren sei. Bei diesem Stande der Processverhandlung aber darf der erkennende Richter, welcher in dem durch die Verhandlungsmaxime beherrschten mündlichen Verfahren (§ 1 GO., Hfd. vom 6. Oct. 1783, JGS. 197, und vom 15. Jänner 1787, JGS. 621, lit. ii) nur solche thatsächliche Umstände seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat, welche von den Streittheilen selbst zur Begründung ihrer Rechtsverfolgung oder Vertheidigung geltend gemacht worden sind, auch nicht von Amtswegen auf jenes Uebereinkommen

Rücksicht nehmen, welches die kl. Bahngesellschaft mit der Staatsverwaltung unterm 11. Dec. 1883 geschlossen hat, welches aber von den Bekl. in keiner Weise als Vertheidigungsmittel zur Bekämpfung des eingeklagten Anspruchs im Processe in Anwendung gebracht worden ist. Der OGH. vermag weiters auch jene Einwendung der Bekl. nicht für begründet anzuerkennen, welche dieselben aus dem Rechtsverhältnisse der kl. Bahngesellschaft zur bestandenen Bauunternehmung ableiten, um der ersteren die Berechtigung zur klageweisen Verfolgung der gestellten Rückzahlungsansprüche zu bestreiten. Der Rechtsvorgänger der Bekl. hat wegen Ueberlassung der fraglichen Grundflächen zum Bahnbaue nicht mit der gedachten Bauunternehmung, sondern, wie dies alle darüber vorliegenden Urkunden darthun, nur mit der kl. Eisenbahngesellschaft selbst contrahiert und jenen Ablösungsbetrag, von welchem ein Theil mit der gegenwärtigen Klage zurückgefordert wird, laut der der Klage anliegenden Quittung (diese enthält die Bestätigung über den Empfang des Geldes von der Kronprinz Rudolf-Bahn durch deren Bauunternehmung) von dieser Bahngesellschaft ausgezahlt erhalten, wobei die Bauunternehmung nur als Zahlungsorgan bezeichnet ist. Dem A stand also aus dem zwischen ihm und der Kronprinz Rudolf-Bahn geschlossenen Einlösungsvertrage nur letztere als Schuldnerin des vereinbarten Einlösungsbetrags gegenüber, und wenn diese die von ihr geschuldete Zahlung durch die mehrgenannte Bauunternehmung leisten liess, so war der Rechtsgrund, aus welchem dies geschah, für das Rechtsverhältnis zwischen A und der Kronprinz Rudolf-Bahn völlig gleichgiltig. Eben deshalb kann aber auch das zwischen den genannten beiden Gesellschaften in Ansehung dieser Zahlungsleistung bestandene Rechtsverhältnis nicht auf jene Rechtsansprüche einwirken, welche die Bahngesellschaft wegen jener Zahlung aus Anlass des zwischen ihr und A bestandenen Vertragsverhältnisses erheben zu können glaubt, und kann daher auch die Bekl. nicht berechtigen, aus jenem sie gar nicht berührenden Verhältnisse eine Einwendung wider den Klagsanspruch der Bahngesellschaft zu erheben. Gleichwohl ist auch der OGH. nicht in der Lage, dem kl. Klagebegehren Folge zu geben, indem die von der Kl. zur Begründung des im Sinne des § 1431 bGb. gestellten Rückzahlungsanspruchs angeführten Thatsachen für die nach dieser Gesetzesbestimmung erforderliche Voraussetzung, dass der Bekl. auf die Ablösung in dem bezahlten Betrage von 1010 fl. 6 kr. kein Recht gehabt habe und dass die Zahlung des Mehrbetrags von 514 fl. 68½ kr. aus einem Irrtume geschehen sei, nicht schlüssig sind.

187.

Zulassung des Deferenten zur Leistung eines ursprünglich wegen Mangels der Kenntnis aus eigener Wahrnehmung unrückschiebbar, dann aber rückschiebbar aufgetragenen und ihm sohin vom Delaten zurückgeschobenen Haupteides.

(E. 12. Sept. 1888, Z. 9478.)

Der 1. R. hatte auf den Eid des Gekl., der ihm unrückschiebbar aufgetragen, von ihm aber unter Verwahrung gegen die Unrückschiebbarkeit zurückgeschoben worden war, das OLG. auf den dem Kl. zurückgeschobenen Haupteid erkannt. Der OGH. bestätigte die o. g. E. und bemerkte in der Begründung, die Bemängelung der Eidesauftragung des o. g. U. sei deshalb unbegründet, weil kein Grund vorliege, den Kl., der nunmehr sich zur Beschwörung der im Eide angeführten Umstände erbietet, hievon darum auszuschliessen, weil er vorher darüber mangels Kenntnis hievon aus eigener Wahrnehmung den irreferiblen Haupteid aufgetragen hatte, zumal er nachmals angab, sich diesbezüglich entsprechend Kenntnis verschafft zu haben.

188.

Zulässigkeit der Pfändung des unentbehrlichen kostbaren Hausgeräts des Schuldners gegen Beistellung von minder kostbarem.

(E. 3. April 1889, Z. 3819.)

Bei einer sicherstellungsweisen Pfändung und Schätzung wurden vom Amtsdiener drei Betten, zwei Chiffonnières und ein Tisch in Gemässheit des § 2, Abs. 1

der Executionsnovelle von der Execution ausgenommen. Bei der über Begehren des Executionsführers vor Erledigung des Pfändungsprotokolls unter Zuziehung beider Theile angeordneten Einvernehmungs-Tagfahrt stellte der Executionsführer den Antrag, die oberwähnten Einrichtungsgegenstände, welche infolge feinerer Ausführung einen höheren Wert repräsentierten, gegen dem in die Execution einzubeziehen, dass er gleichartige, wenn auch minderwertige Möbel, deren Preis und Bezeichnung er mit Hinweis auf den beigelegten illustrierten Preiscourant anführte, den Gekl. in ihr freies Eigentum übergebe. Diesem in den Vorinstanzen abgelehnten Antrage fand der OGH. stattzugeben und sohin den Vollzug der Pfändung und Schätzung auch auf die im Pfändungsprotokolle erwähnten drei Betten, zwei Doppelchiffonnières und ein Salontisch gegen dem anzuordnen, dass gleichzeitig vom Executionsführer dem Executen unentgeltlich gleichartige Stücke nach dem dem Verhandlungsprotokolle beiliegenden Preiscourant beigestellt werden, dies in Erwägung, dass der Richter über die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 2 des Gesetzes vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) kraft § 5 dieses Gesetzes nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, daher nicht beschränkt sein kann, jeden einzelnen Executionsfall nach der concreten Lage der Verhältnisse zu beurtheilen, dass ferner bei dem Umstande, als einerseits gemäss Absatz 1 des § 2 des obigen Gesetzes Betten und Hausgeräte nur insoweit der Execution entzogen sind, als diese Gegenstände dem Schuldner unentbehrlich sind, andererseits aber Executionsführer als Möbelfabrikant sich in der Lage befindet, dem Executen anstatt der wertvolleren der Execution entzogenen Gegenstände, in deren Pfändung er eine mehrere Sicherstellung finden kann, minderwertige Gegenstände derselben Art in einer Weise beizustellen, welche bei der bestimmten Bezeichnung dieser Gegenstände durch Hinweisung auf die Nummern des Preiscourants bei der Durchführung der Substituierung einem Anstande nicht begegnen können, endlich dass unter der erwähnten Sachlage die Abweisung des Anerbietens des Executionsführers eine offenbare Ungerechtigkeit zu dessen Nachtheile und einen Schutz für die Executen enthielte, welche über die Absicht des obigen Gesetzes hinausgriffe.

189.

Zulässigkeit der Haft zur Erzwingung der eidlichen Vermögensoffenbarung wider Staatsbeamte.

Vgl. Bd. V Nr. 242.

(E. 3. Jän. 1889, Z. 15050 ex 1888.)

Der Schuldner, ein Beamter der Staatseisenbahn-Verwaltung, war von der über das Gesuch des Gläubigers um Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung unter Haftandrohung angeordneten Tagsatzung ausgeblieben, das Gesuch aber nichtsdestoweniger in den Vorinstanzen abgewiesen worden, vom OLG. in der Erwägung, dass die durch das Pat. vom 25. Oct. 1798 (JGS. 436) den k. k. Staatsbeamten aus öffentlichen Rücksichten eingeräumte Befreiung von jeder Personalexecution ein Standesprivilegium ist, welches auch ohne ausdrückliche Anführung bei der im § 3 des Gesetzes vom 16. März 1884 (RGB. 35) vorgesehenen Haft zu berücksichtigen ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse fand der OGH. dahin stattzugeben, dass dem 1. R. aufgetragen wird, eine neue Tagsatzung zur eidlichen Vermögensangabe anzuordnen, zu welcher B unter Androhung der im § 3 des Gesetzes vom 16. März 1884 (RGB. 35) bestimmten Folge vorzuladen ist, wobei erwogen wurde, dass die Beamten der Staatseisenbahn-Verwaltung gemäss § 32 der Organisation vom 23. Juni 1884 (RGB. 103) in der hier in Frage stehenden Beziehung allerdings den Staatsbeamten gleichgestellt erscheinen, dass es sich im vorliegenden Falle aber keineswegs um die Anwendbarkeit des Pat. vom 25. Oct. 1798 (JGS. 436) handelt, da hier nicht die in diesem Patente erwähnte Art der Executionsführung stattzufinden, sondern die gesetzliche Sanction des gerichtlichen Auftrags zur eidlichen Vermögensangabe einzutreten hat; dass das Gesetz den zu diesem Zwecke angedrohten Arrest ausdrücklich als Zwangsmittel kennzeichnet; dass es an einer Norm fehlt, welche den Staatsbeamten gestatten würde, sich

dem Vollzuge eines rechtskräftigen gerichtlichen Auftrags zu entziehen; dass die unterger. EE., welche sich mit der in dem unangefochten gebliebenen Auftrage vom 1. Aug. 1888 ausgesprochenen Androhung in Widerspruch setzten, die in Gemässheit des Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) zu gewährende Abhilfe notwendig machen; dass aber mit Rücksicht auf den Inhalt des Protokolls vom 29. Sept. 1888 ein Zweifel an der Annahme einer beabsichtigten Widersetzlichkeit begründet und daher die Anordnung der sofortigen Verhaftung unangemessen erscheint.

Bemerkung der Redaction.

Mit Befriedigung sei hier constatiert, dass unsere Kritik der in der Beil. zum JMVdgbl. Nr. 237 und in dieser Zeitschr. Bd. V Nr. 242 veröffentlichten E. vom 9. März 1887, Z. 1724, nicht fruchtlos geblieben ist. In der letzteren erkannte der OGH. die amtswegige Vernichtung der Haftverfügung wider einen Staatsbeamten für gerechtfertigt, von der Anschauung ausgehend, die den Staatsbeamten zugestandene Immunität gegen die Personalexecution gelte auch für die Haft zur Erzwingung der eidlichen Vermögensoffenbarung. In den kritischen Glossen, welche wir dieser E. beifügten, wurde darauf hingewiesen, dass die durch das Gesetz vom 16. März 1884 (RGB. 35) nach dem Vorbilde der deutschen CPO. in das Executionsverfahren eingeführte Haft nicht eine neue Auflage der 1868 aufgehobenen Schuldhaft, sondern nur ein Zwangsmittel zur eidlichen Vermögensoffenbarung ist, wie solches schon im Concursverfahren besteht, und des näheren dargethan, dass für Staatsbeamte ein Privileg in dieser Hinsicht nicht besteht. Die Argumente unserer Kritik erscheinen nun in der vorliegenden E. in vollem Maasse gewürdigt.

190.

Voraussetzung für das Verbot auf einen rechtskräftig zugewiesenen in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Meistgebotsantheil zu Gunsten des Vorrechtsklägers.

(E. 18 Sept. 1888, Z. 11051.)

Nach der oben unter Nr. 178 mitgetheilten abweislichen Erledigung ihres Recurses begehrten die Kl. unter Berufung auf das Hfd. vom 15. Juni 1787 (JGS. 621), sowie unter Hinweis auf die analogen Bestimmungen der §§ 170, 179 und 184 CO. die Belassung des bestrittenen Meistbotstheilbetrags in deposito bis zur Entscheidung des Prioritätsstritts, wurden indessen auch mit diesem Begehren in allen Instanzen abgewiesen aus dem vom OGH. gebilligten Grunde, weil mit diesem der Wirkung nach ein gerichtliches Verbot bezweckenden Gesuche die für ein solches Sicherstellungsmittel erforderlichen Voraussetzungen nicht ausgewiesen erscheinen.

191.

Zulässigkeit der Sequestration des durch Vorrechtsklage bestrittenen in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Meistgebotsantheils.

(E. 3. Jän. 1889, Z. 152.)

Gleichzeitig mit dem oben unter Nr. 190 erwähnten Gesuche brachten die Kl. ein Gesuch um sicherstellungsweise Sequestration des bestrittenen deponierten Meistbotbetrags in Gemässheit des § 293 aGO. unter Anbietung angemessener Sicherheitsleistung an. Dieses in den Vorinstanzen abgewiesene Gesuch wurde vom OGH. bewilligt. Gründe: Dass B als Besitzer des streitigen Meistbotsbetrags, bez. Depositums im Sinne des § 293 aGO. anzusehen ist, hat bereits das OLG. richtig dargestellt. Wird nun erwogen, dass nach dem Schlussabsatze der Meistbotsberechnung B in der Lage ist, über dieses Depositum zu verfügen, und dass die Gefahr, er werde dies thun, dadurch erweislich gemacht ist, dass B gemäss der o. g. E. vom 13. Nov. 1888, Z. 13055, dem C eine Klagscaution im Betrage von 300 fl. zu erlegen und Processkosten zu ersetzen hat, so ergiebt sich, dass auch

die zweite im § 293 aGO. für die Bewilligung der sicherstellungsweisen Sequestration geforderte Bedingung vorhanden, daher dem Sequestrationsbegehren der Kläger gegen Leistung hinlänglicher Sicherheit stattzugeben ist, zumal der Umstand, dass der strittige Beitrag in der Prager städtischen Sparcassse angelegt und das Einlagebuch deponiert ist, die Sequestration nicht ausschliesst, dies um so weniger, als das Einlagebuch den ganzen Meistbot umfasst. Als entsprechende Sicherheit wurde aber mit Rücksicht auf die mittlerweilige Fructificierung des streitigen Betrags die Summe von 250 fl. erkannt.

192.

Behandlung des in einem Summarprocesse nach erhobener Incompetenz-Einwendung vom Kläger eingebrachten schriftlichen Gesuchs um Einstellung des Verfahrens.

(E. 26. April 1888, Z. 4363.)

Die vom 1. R. über ein solches Gesuch verfügte Einstellung des Verfahrens wurde vom OLG. behoben und vorerst die Einvernehmung beider Theile über das Gesuch angeordnet. Der OGH. bestätigte diese Verfügung in der Erwägung, dass abgesehen davon, dass sich die Eingabe des Beschwerdeführers als eine Abstehung der Klage nicht darstellt, und dass schriftliche Eingaben im summarischen Processverfahren unzulässig und zurückzuweisen sind, die angesuchte Einstellung des Verfahrens im Sinne des § 26 Summarverfahrens schon darum nicht platzgreifen konnte, weil in dieser Klagssache seitens der Gekl. die Einwendung der Unzuständigkeit schon bei der ersten Tagsatzung erhoben, somit eine Verhandlung über diese Klage noch gar nicht stattgefunden hatte, daher auch der Fall, dass sich „im Laufe des Processes" die Incompetenz gezeigt hätte, gar nicht gegeben war und umsoweniger Anlass zu einer amtwegigen Einstellung des Verfahrens nach § 26 SP. gegeben war, als das BG. selbst durch die aufrechte Erledigung der Klage im Grunde des § 52 JN. mit Rücksicht auf das Klagebegehren und zwar mit Recht sich für competent erkärt und im bisherigen Laufe des Processes auch eine Incompetenz sich nicht ergeben hatte und als der von dem Gekl. erhobenen Einwendung der Unzuständigkeit unter solchen Umständen nur mit Urtheil über die vom Kl. erklärte Zustimmung stattgegeben werden kann, wenn es der Kl. nicht vorzog, seine Klage, als vor einem seiner Meinung nach unzuständigen Gerichte angebracht, zurückzuziehen.

193.

Sachlicher Geltungsbereich des Bagatellverfahrens: Zulässigkeit des Revisionsrecurses im Stadium der Executionsführung.

Vgl. Bd. I Nr. 88. 160. 598; Bd. VI Nr. 221. 342.

(E. 3. April 1889, Z. 3626. — **SpR. 144.** — Beil. z. JMVdgbl. 434.)

In der Executionssache des A wider B zur Hereinbringung seiner Forderung von 39 fl. aus einem im Bagatellverfahren gefällten U. wurde der Revisionsrecurs gegen die den erstr. Bescheid abändernde o. g. E. von dem OGH. als zulässig angesehen; denn die Bestimmung des § 81 des Ges. v. 27. April 1873 (RGB. 66), dass gegen die E. des OLG. kein Rechtsmittel stattfinde, bezieht sich nur auf das Bagatellverfahren, welches mit der Fällung des Urtheils seinen Abschluss findet, und es kann aus dieser gesetzlichen Bestimmung um so weniger gefolgert werden, dass auch in dem über ein im Bagatellverfahren gefälltes U. eingeleiteten Executionsverfahren gegen o. g. Entscheidungen kein Rechtsmittel zulässig ist, als der § 87 desselben Gesetzes ausdrücklich vorschreibt, dass im Executionsverfahren die Bestimmungen des Gesetzes über das summarische Verfahren (und zwar ohne jede Aenderung) in Anwendung kommen.

Zugleich wurde die Eintragung nachstehenden Rechtssatzes in das SpR. beschlossen: *Die Executionsführung auf Grund eines im Bagatellverfahren erwirkten*

Executionstitels fällt nicht in den Bereich des Bagatellverfahrens (*§ 87 des Ges. v. 27. April 1873, RGB. 66*).[1]

E. Strafrecht und Strafprocess.

194.

Unerheblichkeit der Unklagbarkeit der Schulden für die Zurechnung des Betrugs nach § 199 f StG.

(E. 27. Oct. 1888, Z. 7449. Vors.: Hofr. Mathiasch; GP.: OLGR. v. Ruber; V.: Dr. K. Scherer.)

Gründe: .... Die Beschwerdeführung macht den Nichtigkeitsgrund des § 344/10 StPO. geltend, indem sie mit Hinweis darauf, dass der Angekl. die Schulden zur Zeit seiner Minderjährigkeit contrahiert hat, und unter Berufung auf die §§ 152, 244, 247, 248, 865, 866 bGb. und Art. 1 WO. behauptet, dass die vom Angekl. mit den Vorschusscassen in H und Z geschlossenen Rechtsgeschäfte keine rechtliche Wirksamkeit haben, dass daher diese Vorschusscassen, resp. die Bürgen V und K nicht Gläubiger des Angekl. im Sinne des Gesetzes waren, folglich durch den nur für den Fall der Eheschliessung des Angekl. eingegangenen Abtretungsvertrag desselben nicht beschädigt werden konnten, und dass somit das Gesetz auf die That des Angekl. unrichtig angewendet worden sei.

Allein die Beschwerdeführung übersieht dabei, dass nach dem bezogenen Gesetz die von einem Minderjährigen eingegangenen Verbindlichkeiten lediglich nicht klagbar sind, dass es aber ausser klagbaren Verbindlichkeiten auch unklagbare Natural-Obligationen giebt, welche auch das österreichische Civilrecht anerkennt, indem es ihnen gewisse Rechtswirkungen (§ 1432 bGb.) beilegt, und dass es keinegswegs ein Thatbestandserfordernis des Betrugs ist, dass die concrete Handlungsweise des Angekl. Verletzungen eines Vermögensrechts betreffe, welche civilrechtlich verfolgbar sind. Der Abschluss eines nur für den Fall der Eingehung der Ehe Geltung habenden unentgeltlichen Abtretungsvertrags schliesst absichtliche Verdrehung der Masse an sich nicht aus und die Möglichkeit, mittelst Anfechtungsklage den Ausspruch der Rechtsunwirksamkeit des Abtretungsvertrags zu erwirken, hindert nicht die Annahme des vollendeten Betrugs, da es nach § 197 StG. genügt, dass durch den listig herbeigeführten oder benützten Irrtum eines anderen jemand an seinem Eigentume oder anderen Rechten Schaden leiden soll, mithin wirkliche Schädigung der Gläubiger ein Betrugserfordernis nicht ist. . . .

195.

428. Veruntreuung anvertrauter Gelder durch Ausleihen derselben.

(E. 26. Jän. 1889, Z. 13147. — Vors.: Hofr. v. Harrasowsky; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Der zum Verbrechen der Veruntreuung erforderte böse Vorsatz liegt (bezüglich des Anklagefalls) im vorsätzlichen Gebaren mit fremden Geldern, das vom Bewusstsein seiner Widerrechtlichkeit durchdrungen ist. Der erkennende Gerichtshof hat festgestellt (und an die Feststellungen des erkennenden Gerichtshofs ist der Cassationshof bei Prüfung der Frage, ob die That das angeklagte Verbrechen begründe, gebunden), dass der Angekl. das ihm von den Schwestern S zu dem Ende, damit er dasselbe sofort dem Bankhause G & Co. in Amsterdam einsende, um für sie die betreffenden Lose eigentümlich zu erwerben, eingehändigte Geld per 288 fl. dritten Personen, und zwar 182 fl. 50 kr. an H und 78 fl. an Maria B ausgeliehen, somit dieses Geld wesentlich anderen Zwecken zugeführt

---

[1] Beschluss des OGH. vom 16. Oct. 1877, Z. 10126, **JB. 101**, bei Geller, Oesterr. Justizges., 3. Aufl., IV. **651** § 85 [1a].

hat, als zu welchen es ihm anvertraut wurde. Ob nach den bestehenden Losgesellschaftsstatuten der ganze Betrag unverzüglich an das genannte Bankhaus, um am Spiele theilnehmen zu können, abgesendet werden musste oder nicht, ist ganz gleichgiltig, da dem Angekl. das Geld von den Schwestern S zum bestimmt ausgesprochenen und alleinigen Zwecke der unverzüglichen Absendung an das Bankhaus, aber nicht zu dem Ende eingehändigt worden ist, damit allenfalls er mit jenem Bankhause in Geschäftsverbindung trete. Welche Beweggründe den Angekl. veranlassten, das ihm anvertraute Geld dem H und der B darzuleihen, und demnach das Geld anderen Zwecken, als zu welchen es ihm anvertraut war, im vollen Bewusstsein, hiezu nicht berechtigt zu sein, zuzuführen, ist völlig belanglos, und ebenso ist es für die Zurechenbarkeit des widerrechtlichen Vorgangs ganz und gar gleichgiltig, ob der Angekl. hoffen konnte, in ganz kurzer Zeit oder überhaupt in einer Zeit, bevor die S'schen Schwestern hievon Kenntnis erhielten oder die Anzeige der Obrigkeit erstattet wurde, das Geld wieder zurückzuerhalten und seinem Zwecke zuzuführen, da es sich diesfalls nur um den Eintritt der Straflosigkeit der That handeln könnte. Dass dieses vom Angekl. allenfalls gehoffte Strafloswerden der That in solcher Weise nicht erfolgt ist, mag einem Zufalle zuzuschreiben sein, nicht aber das Vorenthalten jenes von den Schwestern S dem Angekl. eingehändigten Gelds durch Nichtabsendung dieses Geldbetrags an das Bankhaus und durch bewusst widerrechtliches Ausleihen desselben und, soferne durch diese Darleihen dieser Geldbetrag nicht erschöpft wurde, durch das widerrechtliche Zurückbehalten des restlichen Betrags. Es ist demnach auch vom erkennenden Gerichtshofe der nach § 1 StG. zum Verbrechen der Veruntreuung nach § 183 StG. erforderliche böse Vorsatz keineswegs rechtsirrtümlich, sondern mit vollem gesetzlichen Grunde als vorhanden angesehen und dem Angekl. zur Last gelegt worden. Ob dabei seitens des Thäters die Absicht, Vortheil aus der That zu ziehen, bestand, ist beim Verbrechen der Veruntreuung nach den §§ 181 und 183 StG. unentscheidend.

196.

Obrigkeitlicher Charakter des mit der Feldpolizei betrauten, wenn auch nicht für den Feldschutz beeideten Gemeindedieners (StG. § 68).

(E. 1. Februar 1889, Z. 13.684. — Vors.: Hofr. Dr. R. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: . . . Die Feststellungen des Gerichtshofs gehen dahin, dass H, beeideter Gemeindediener und Feldhaltner von Andrian, sich mit dem vorgeschriebenen Dienstzeichen (dem Blechschilde auf der Brust) versehen, zur Zeit der That in Ausübung seines Dienstes befunden habe. Die juristischen Bedenken (§ 281 B 9a StPO), welche gegen die Unterordnung der festgestellten Thatsachen unter das Gesetz in der NB. erhoben werden, erweisen sich hinfällig. Nicht um Ausübung einer Privatpfändung nach § 1321 bGb. hat es sich beim Einschreiten des Gemeindedieners H gehandelt, sondern um Ausführung einer von der Gemeinde in Ausübung der Sicherheits-, Wege- und Feldpolizei getroffenen Verfügung und um die Sicherstellung der auf die Verletzung dieser Verfügung gesetzten Strafe. Die Frage also, ob durch den von den Angekl. unternommenen Viehtrieb ein Schade verursacht worden ist oder nicht, bleibt, da die Anwendung des § 1321 bGb. hier überhaupt nicht in Frage kommt, ausser Betracht. Aber auch abgesehen davon vermag die Behauptung der NB., dass die Verordnung der Gemeinde Andrian nicht gesetzmässig war, das gewaltthätige Benehmen der Angekl. gegen den Feldhüter nicht zu entschuldigen; denn der Gemeindediener befand sich, was allein entscheidend ist, in Ausübung seines Dienstes, mochte die Verordnung der Gemeinde Andrian dem Gesetze entsprechen oder nicht, und nicht Gewaltanwendung gegen das zur Ausführung der Befehle seiner Vorgesetzten unbedingt verpflichtete Organ, sondern die Beschwerde gegen die gemeindeämtliche Verfügung war das zur Abwendung eines vermeinten Unrechts den Angekl. zur Verfügung stehende Mittel. Auch der behauptete Mangel der Beeidigung des Gemeindedieners H für den Feldschutz, das Fehlen einer schriftlichen Legitimation desselben als Feldhüters seitens der politischen Behörde und der Umstand, dass er nicht mit einem Armschilde versehen war, vermag den Verletzten H seines Charakters als obrigkeitliche

Person (§§ 68 und 312 StG.) nicht zu entkleiden. Für Tirol ist das Reichsgesetz vom 16. Juni 1872 (RGB. 83) noch nicht im Wege der Landesgesetzgebung durchgeführt; es gilt also betreffs des Feldschutzes daselbst die MVdg. vom 30. Jänner 1860 (RGB. 28). Nach § 10 derselben und auch nach dem Landesgesetze für Tirol vom 29. Mai 1887 (LGB. 31) ist das Tragen des vorgeschriebenen Dienstzeichens überhaupt kein Erfordernis zur giltigen Ausübung des Feldschutzdienstes, und es kann daher schon aus diesem Grunde von der Erörterung der Frage abgesehen werden, ob der Brustschild, welchen H zur Zeit der That trug, den für das Feldschutzpersonale gegebenen Anordnungen entsprach. Aber auch der Mangel der Beeidigung als Feldhüter und der darüber von der politischen Behörde ausgestellten Bestätigung ist nicht ausschlaggebend. Von Bedeutung ist vielmehr die Erwägung, dass die Bestellung des Feldschutzpersonals nach den Eingangsworten der Vdg. vom 30. Jänner 1860 (und so auch nach § 1 des Gesetzes vom 16. Juni 1872, RGB. 84) facultativ ist, dazu bestimmt, dort, wo die Notwendigkeit dazu vorliegt, den Feldschutz durch Aufstellung eines zahlreicheren Wachpersonals wirksamer zu gestalten und gleichzeitig die Wachkörper höherer Ordnung entsprechend zu entlasten, um deren Thätigkeit in wichtigeren Angelegenheiten eingreifender zu gestalten. Es wäre jedoch unrichtig, aus der Bestellung eines eigenen Feldschutzpersonals zu folgern, dass die höher organisierten Wachkörper sich eder Einflussnahme auf den Schutz des Feldguts zu enthalten haben; das Recht des Einschreitens auch in Angelegenheiten des Feldschutzes bleibt ihnen vielmehr jedenfalls gewahrt. Vollends unzweifelhaft ist dies dort, wo mit Rücksicht auf die Ortsverhältnisse von Bestellung eines eigenen Feldschutzpersonals abgesehen und, da das Feldgut doch nicht schutzlos bleiben kann, den mit Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Allgemeinen betrauten Organen auch der Schutz des Feldguts überantwortet wird. So lag die Sache nach den Feststellungen des Urtheils in der Gemeinde Andrian; der Gemeindediener H musste im vorliegenden Falle kraft seines Amts als Gemeindediener und Feldhaltner zum Schutze des Feldguts einschreiten, und zwar nicht in der Eigenschaft als speciell bestellter Feldhüter, sondern als mit Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung betrautes Organ der Gemeinde Andrian, als welches er nach den Feststellungen des Gerichtshofs ernannt und beeidet war. Bei Ausübung seines Dienstes hatte er also, da er nicht als Feldhüter im engen Sinne einschritt, auch nicht jene Bestimmungen zu beobachten, die sich nach der Natur der Sache nur auf besonders zum Feldschutze bestellte Wachorgane beziehen; er hat vielmehr, indem er das seiner dienstlichen Stellung entsprechende Abzeichen trug, alles gethan, wozu er nach den bestehenden Verhältnissen verpflichtet war. Es gebürt ihm zweifellos der gesetzliche Schutz der §§ 68 und 312 StG. . . .

197.

431. Gewaltsamer Widerstand wider den Vollzug eines gegen Besitzrechte verstossenden obrigkeitlichen Auftrags.

(E. 1. Febr. 1889, Z. 13855. Vors.: Hofr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Der Bürgermeister von G liess behufs Herstellung eines Zugangs zum Bade am Meeresufer auf dem Grundstücke des um seine Zustimmung gar nicht befragten Mariano T Pflöcke einschlagen. Die Gemeindewache war beauftragt, diese Anordnung durchzuführen, sollte sich auch der Eigentümer des Grundstücks dagegen sträuben. Da sich bei diesem Anlasse Mariano's Sohn, Peter T, an dem Wachmanne thätlich vergriff, wurde Peter T wegen des im § 81 StG. vorgesehenen Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit klagbar verfolgt und dieses Verbrechens mit U. des KG. zu Görz vom 9. Oct. 1888 auch schuldig erkannt. Das KG. sprach die Ansicht aus, dass der Angekl., wenn er sich auch durch das eigenmächtige Vorgehen des Gemeindevorstehers in seinem Rechte verletzt fühlte, zu Thätlichkeiten zu schreiten doch keineswegs berechtigt war, sondern den gesetzlichen Weg einzuschlagen hatte. Hervorzuheben ist noch, dass das Gemeindeamt am Tage nach dem Vorfalle mit Mariano T ein Uebereinkommen traf, wonach derselbe gegen Zahlung eines kleinen Geldbetrags das Einschlagen der Pflöcke gestattete. Die von Peter T überreichte NB. fand der Cassationshof zu

verwerfen. Gründe: Wie immer über die Berechtigung des Bürgermeisters zu der in Frage stehenden Anordnung und über die formelle Correctheit seines Vorgehens gedacht werden mag, so viel steht ausser Zweifel, dass das in der NB. erhobene, aus der Ungesetzlichkeit des vom Bürgermeister eingehaltenen Vorgangs abgeleitete Bedenken von keinem Einflusse auf die Entscheidung des Falls sein kann, weil der Wachmann, welchem der gewaltsame Widerstand des Angekl. galt, kraft seines Amts die Pflicht hatte, den Auftrag des Bürgermeisters auszuführen, ohne dass es ihm zugestanden wäre, die materielle und formelle Gesetzlichkeit dieses Auftrags zu prüfen. Dies musste auch dem Angekl. einleuchten. Der gewaltsame Widerstand gegen das gemeindeamtliche Wachorgan kann daher in keiner Weise mit Notwehr entschuldigt werden, wie es die NB. versucht, nicht nur, weil der Wachmann nur seine Pflicht erfüllte, daher ein rechtswidriger Angriff desselben auf das Eigentum des Vaters des Angekl. nicht vorlag, sondern auch, weil nach der Natur der Sache Gewalt gegen den Wachmann als ein durchaus ungeeignetes und daher nicht notwendiges Mittel der Abwehr erscheint, welche letztere vielmehr nur durch Anrufung des Bürgermeisters, event. durch eine gegen dessen Verfügung erhobene Beschwerde in richtiger und zweckentsprechender Weise durchgeführt werden konnte. Auch das im § 344 bGb. normierte Recht des Besitzers, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben, findet seine naturgemässe Begrenzung in der Verpflichtung, die amtliche Thätigkeit behördlicher Organe zu achten; denn wo die Vollziehung eines amtlichen Auftrags verletzend für Privatrechte erscheinen mag, ist die im gesetzlichen Wege anzurufende Entscheidung der berufenen höheren Behörde — und nur diese — das geeignete Mittel zur Abwendung dieser Verletzung.

198.

432. Zu der im § 475 alinea 2 StPO. vorgesehenen Antragstellung ist der Staatsanwalt berechtigt, auch wenn er wegen Verbrechens oder Vergehens einzuschreiten ursprünglich abgelehnt und die That nur als der öffentlichen Anklage zufallende Uebertretung verfolgt hat.

(E. 13. Febr. 1889, Z. 296.)

Vom BG. in Capodistria wurden der Triester StA. Vorerhebungen eingesendet, welche anlässlich einer Strafanzeige wider O wegen Verbrechens der Erpressung stattgefunden hatten. Die StA. stellte dieselben unterm 28. März 1886 zur Amtshandlung nach § 431 StG. mit der Erklärung zurück, dass sie keinen Grund finde, wider U in linea criminali vorzugehen. Als jedoch später, weil O gegen das nach § 431 StG. gefällte Strafurtheil des BG. das Rechtsmittel der Berufung ergriff, die Acten dem LG. in Triest vorgelegt wurden, veranlasste die StA. das im § 475 al. 2 StPO. vorgezeichnete Verfahren, auf Grund dessen die Angekl. mit U. des genannten LG. v. 14. Sept. 1888 des Verbrechens der Erpressung schuldig erkannt worden ist. Gegen dieses U. überreichte O die NB. Der Cassationshof gab in der Richtung des § 281 9a StPO. der Beschwerde statt und vernichtete gemäss § 5 der Strafprocessnovelle das U. In Ansehung des zugleich geltend gemachten Nichtigkeitsgrunds des § 281/9b StPO. wurde die Beschwerdeführerin abgewiesen; letzteres aus folgenden Gründen: Die NB. erscheint nicht begründet, insoweit sie den § 281/9b StPO. zur Geltung bringt. Die Beschwerde führt in dieser Richtung aus, die StA. habe mit ihrer Erklärung vom 28. März 1886 auf die Verfolgung der That als Verbrechen verzichtet; dadurch habe dieselbe das Recht verloren, an das LG. Triest, vor welches die Strafsache infolge der Berufung der Angekl. gegen das sie der Uebertretung des § 431 StG. schuldig erklärende E. des BG. gelangte, im Sinne des § 475 Abs. 2 StPO. — bei wesentlich unverändertem Sachverhalte — den Antrag auf Vernichtung des U. und Einleitung des gesetzlichen Verfahrens (wegen Verbrechens der Erpressung) zu stellen; nur im Wege der Wiederaufnahme wäre dies möglich gewesen, diese sei aber weder in Antrag gebracht worden, noch hätte sie (wegen Mangel der materiellen Erfordernisse) in Antrag gebracht

werden können. Es erscheine also die Verfolgbarkeit der That aus Gründen des Processrechts ausgeschlossen.

Diesen Ausführungen liegt eine irrtümliche Auffassung der staatsanwaltschaftlichen Erklärung vom 28. März 1886 zugrunde. In derselben liegt kein Rücktritt von der Verfolgung der That; dieselbe (die Verfolgung) wird vielmehr ausdrücklich dadurch aufrecht erhalten, dass die StA. die Acten dem BG. zur Einleitung des Verfahrens nach § 431 StG. überweist. Die öffentliche Anklage betreffs der That blieb also bestehen und nur in der Qualificationsfrage gab die Erklärung der StA. der Anschauung Ausdruck, dass die That sich nicht zum Verbrechen (oder Vergehen), sondern nur zur Uebertretung eigne. Diese Rechtsanschauung der StA. war aber für das Gericht in keiner Weise bindend (§§ 267 und 447 StPO.); das BG. hätte, wenn es sich für nicht zuständig erachtete, weil nach seiner Ansicht ein Verbrechen vorlag — unbehindert durch den staatsanwaltschaftlichen Antrag — die Sache (entweder unmittelbar oder durch die StA.) dem Gerichtshofe erster Instanz (dem LG.) vorzulegen gehabt (§ 450 StPO.) und nicht die blosse Erklärung des StA., sondern erst ein (eventuell vom StA. zu erwirkender) Zurückverweisungsbeschluss des Gerichtshofs hätte das BG. gebunden. Dasselbe Verhältnis tritt nun mit unwesentlichen Modificationen bei Anwendung des § 475, Abs. 9 StPO. ein. Allerdings macht in diesem Falle das Gesetz die Aufhebung des bezg. U. vom Antrage des StA. abhängig; ist dieser Antrag aber gestellt, so muss ihm stattgegeben werden, soferne sich nur zeigt, dass das BG. sachlich unzuständig war; von anderen Voraussetzungen, insbesondere von der, dass sich der Thatbestand seit einer früheren Erklärung des StA., in der That kein Verbrechen oder Vergehen zu erblicken, in wesentlichen Punkten geändert haben müsse, macht das Gesetz weder die Berechtigung des StA., den Antrag nach § 475 Abs. 2 StPO. zu stellen, abhängig, noch die Pflicht des Gerichtshofs, diesem Antrage bei Eintritt der übrigen Voraussetzungen zu entsprechen. Es liegt ja in der Natur der Sache, dass nur jene Anträge und Erklärungen, die für das Gericht bindend sind, auch für die StA. dieselbe Wirkung haben. Schon aus dem Gesagten ergiebt sich, dass die Ausführungen der NB., soweit sie bestrebt sind, die Notwendigkeit einer Wiederaufnahme des Strafverfahrens im vorliegenden Falle darzuthun, dem Gesetze nicht entsprechen; denn es liegt, wie gezeigt, keine Einstellung der Vorerhebungen, kein Rücktritt von der Verfolgung vor (§§ 352, 363 Z. 1 StPO.). Hätten sich aber selbst seit der Erklärung der StA. neue Umstände von Erheblichkeit ergeben, so wäre der richtige Weg, dieselben zur Geltung zu bringen, nicht der Antrag auf Wiederaufnahme gewesen, der eine Einstellung des Verfahrens (§ 352 StPO.) oder ein rechtskräftiges Freisprechungsurtheil (§ 355 StPO.) voraussetzt, sondern das im § 475 Abs. 2 StPO. vorgezeichnete Begehren auf Aufhebung des bezg. U. und Einleitung des gesetzlichen Verfahrens.

199.

433. Zur Abgrenzung der Mitschuld nach § 5 StG. von der Vorschubleistung nach § 212 StG. Die im § 105 StG. gebrauchten Worte „bei wirklich verursachtem erheblichen Schaden" bezeichnen einen namentlich im Gesetze angeführten Erschwerungsumstand (§ 281 Z. 11 StPO.) nur in Ansehung der Verursachung des Schadens und nicht auch rücksichtlich der Erheblichkeit desselben.

(E. 15. Febr. 1889, Z. 11442 ex 1888. Vors.: 1. Präs. v. Schmerling; GP.: GA. Dr. Schrott; V.: Dr. Max Neuda.)

Gründe: Unter dem Gesichtspunkte des § 281/10 StPO. wird in der Beschwerdeausführung des Hugo G behauptet, die in Betreff desselben festgestellten Thatsachen seien irrig unter den Begriff der Mitschuld an dem von Adolf J verübten Verbrechen des § 105 StG. subsumiert worden und äussersten Falls nur geeignet, das Verbrechen der Vorschubleistung nach § 212 StG. durch boshafte Unterlassung der Verhinderung des von J begangenen Verbrechens zu begründen. Diese NB. ist jedoch gesetzlich nicht gerechtfertigt. Denn Vorschub zu Verbrechen

durch boshafte Unterlassung der Verhinderung derselben, wie ihn § 212 StG. definiert, setzt voraus, dass der Beschuldigte keine positive Thätigkeit entwickelt habe, dass er also nicht „durch Zuthun“ (§ 211 StG.) des Verbrechens des unmittelbaren Thäters mitschuldig wurde. Wo Mitschuld, also eine der Formen der activen Betheiligung am Verbrechen (§ 5 StG.) vorliegt, ist die Anwendbarkeit des § 212 StG. ausgeschlossen; dieser hat ein passives Verhalten desBeschuldigten gegenüber dem Verbrechen eines Dritten, zum Gegenstande, während es sich im Falle der Mitschuld nicht mehr um das Verbrechen eines Dritten, sondern um das eigene Verbrechen des hiefür mitverantwortlichen Beschuldigten handelt. Sind daher die thatsächlichen Feststellungen des Erkenntnisgerichts so beschaffen, dass sie dem gesetzlichen Begriffe der Mitschuld entsprechen, so kann die Anwendbarkeit des von der NB. angerufenen § 212 StG. nicht weiter in Frage kommen.

Nun hat aber der erkennende Gerichtshof namentlich festgestellt, dass der Angekl. G dem Adolf J, als ihm dieser von der Möglichkeit, durch Bestechung der Beamten die Waaren billiger zu verzollen, Mittheilung machte und ihn um seine Zustimmung befragt habe, entgegnet habe: „Thun Sie, was Sie wollen!“, dass Hugo G durch diese seine Antwort dem Verbrechen des J zugestimmt, ihn dazu ermächtigt habe, und dass das Einverständnis des Hugo G mit der verbrecherischen Handlungsweise des J sich aus der wiederholten Genehmigung jener Rechnungen des J, in welchen Bestechungsgelder enthalten waren, durch Hugo G ergebe. Werden diese Feststellungen im Auge behalten und wird weiter erwogen, dass die Auslegung jener von Hugo G dem J gegebenen Antwort dem erkennenden Gerichtshofe nach freier Ueberzeugung oblag, daher im Wege der NB. nicht angefochten werden kann, endlich, dass der Gerichtshof die Bedeutung der Nichtbeanständung, resp. Genehmigung der von J gelegten Rechnungen durch Hugo G mit Beziehung auf die Frage des zwischen J und Hugo G bestehenden Einverständnisses zu würdigen hatte, so ergiebt sich von selbst die Richtigkeit des vom Gerichtshof auf diese Thatsachen gegründeten Ausspruchs, dass der Angekl. G sich positive Handlungen zu Schulden kommen liess, durch welche er – und zwar zum mindesten in der Richtung absichtlicher Hintanhaltung der Hindernisse — auf Grund eines der That vorhergegangenen Einvernehmens mit Adolf J zu der von diesem verübten Uebelthat in der im angef. U. näher bezeichneten Weise Beihilfe geleistet hat. Demzufolge war die NB. des Angekl. Hugo G als unbegründet nach § 288, alin. 3 StPO. zu verwerfen und derselbe nach § 390 StPO. schuldig zu erkennen, die allfälligen Kosten des Cassationsverfahrens zu tragen.

Gestützt auf § 281/11 StPO. behauptet die NB. des Angekl. S Ueberschreitung der Grenzen des gesetzlichen Strafsatzes, weil der Gerichtshof angeblich mit Unrecht den Strafsatz von 1—5 Jahren schweren Kerkers in Anwendung brachte. Dieser höhere Strafsatz tritt nach § 10?, Abs. 2 StG. „bei grosser Arglist, oder wirklich verursachtem erheblichen Schaden“ ein. Im vorliegenden Falle wurde der höhere Strafsatz nur von der „Erheblichkeit des wirklich verursachten Schadens“, nicht von der Grösse der Arglist abhängig gemacht; letzterer Umstand bleibt also ausser Betracht. Dass die strafbare Thätigkeit des Angekl. seinen Schaden wirklich herbeigeführt hat, ist unbestritten. Dagegen ist die Frage aufgeworfen, ob die „Erheblichkeit des wirklich verursachten Schadens“ einen „durch namentlich im Gesetze angeführte Erschwerungsgründe“ abgegrenzten Strafsatz bezeichne, und diese Frage muss verneint werden. Die Frage, ob der durch die strafbare Thätigkeit des Angekl. S wirklich herbeigeführte Schaden ein erheblicher war oder nicht, gehört nicht zu jenen, die als vom Gesetze durch Hinweisung auf bestimmte thatsächliche Verhältnisse entschieden angesehen werden können. Wo das Gesetz sich nur einer so allgemeinen Ausdrucksweise bedient, wie die hier in Frage stehende: „bei (wirklich verursachtem) erheblichen Schaden“, kann von namentlich bezeichneten Erschwerungsumständen nicht die Rede sein. Den besten Anhaltspunkt für die Unterscheidung zwischen namentlich und nicht namentlich im Gesetze bezeichneten Erschwerungsumständen bietet der Art. VI des EinfG. zur StPO., indem darin die Competenz des Schwurgerichts von namentlich bezeichneten Erschwerungsumständen (welche einen Strafsatz von mindestens 5 Jahren nach dem Gesetze begründen) unbedingt, von nicht namentlich bezeichneten, aber nur dort abhängig gemacht wird, wo der StA. in der Anklageschrift beantragt, auf eine mehr als fünfjährige Kerkerstrafe zu erkennen. So



erweist sich denn, dass die Ausdrücke: „nach der Grösse und Bosheit und Gefahr" im § 86 StG. (Art. VI. B, 4 e) — „bei grosser Bosheit und Gefährlichkeit" im § 123 StG. (Art. VI, B, 8) — „besondere Arglist, um die Beschuldigung glaublich zu machen" im § 210 a StG. — „den Beschuldigten einer grösseren Gefahr ausgesetzt hat" in § 210 b StG. (Art. VI, B. 22) — vom Gesetze als solche angesehen werden, die nicht namentlich im Gesetze angeführte Erschwerungsumstände enthalten. Eine Vergleichung der eben citierten Ausdrücke mit dem hier zu prüfenden: „erheblicher Schade" zeigt, dass auch der letztere nicht als namentliche Bezeichnung eines Erschwerungsumstandes aufgefasst werden kann, weil auch hier — im Gegensatze zu anderen Gesetzesstellen, z. B. §§ 173, 179, 181, 183, 200, 203 StG. und vielen anderen — die Höhe des Schadens, welche den Eintritt des höheren Strafsatzes bedingt, nicht ziffermässig angegeben, es vielmehr dem Richter anheimgegeben wird, die Erheblichkeit des Schadens nach seinem Ermessen zu beurtheilen. Hieraus folgt, dass § 105, al. 2 StG. — mit der einzigen Begrenzung, dass die Sanction von 1 bis 5 Jahren schweren Kerkers nur dort angewendet werden darf, wo eine Schade wirklich entstanden ist — nur einen Strafsatz enthält, dessen Minimum 6 Monate Kerker, dessen Maximum 5 Jahre schweren Kerkers beträgt, dass daher eine Verletzung der Vorschrift des § 281/11 StPO. im vorliegenden Falle umsoweniger stattgefunden hat, als die Strafe des Angekl. S ohnehin nur mit 5 Monaten einfachen Kerkers bemessen wurde, und die Strafbemessung nur mit der Berufung, falls sie überhaupt zulässig wäre, angefochten werden könnte.

200.

435. Falsches gerichtliches Zeugnis im Verfahren gegen Winkelschreiberei.

(E. 16. Febr. 1889, Z. 14767. — Vors.: SP. Dr. Habietinek; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; Dr. Schwalb.)

Gründe: Die NB. beruht auf der Anschauung, dass unter einem falschen gerichtlichen Zeugnisse im Sinne der litera a des § 199 StG. lediglich eine in Civil- oder Strafsachen, nicht aber auch eine in Disciplinarsachen gemachte falsche Aussage zu verstehen sei und bekämpft aus diesem Gesichtspunkte, unter Anrufung des Nichtigkeitsgrundes der Zahl 9 a des § 281 StPO., das angef. U. wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes. Der CH. konnte indess der Anschauung der NB. nicht beipflichten. Denn es steht wohl ausser Frage, dass im Allgemeinen unter einem gerichtlichen Zeugnisse im Sinne des § 199 a StG. eine jede Zeugenaussage verstanden werden müsse, die vor einem Richter in einer Angelegenheit abgelegt wurde, welche innerhalb der Grenzen seines gesetzlich umschriebenen Wirkungskreises gelegen erscheint. Wird nun erwogen, dass das Verfahren gegen Winkelschreiber nach § 3 der MVdg. vom 8. Juni 1857 (RGB. 114) den Gerichten kraft ihrer Disciplinargewalt zugewiesen ist, dass die Disciplinargewalt ein unentbehrliches Supplement jeder richterlichen Thätigkeit bildet und insoferne schon vom Hause aus einen integrierenden Bestandtheil der Gerichtsbarkeit se bst ausmacht, dass der Richter auch bei Handhabung der Disciplinargewalt nach § 3 der obigen MVdg. den Gegenstand erheben, seiner Cognition also eine Ermittlung des Thatbestands vorangehen lassen muss, bei welcher wohl nicht selten von der Vernehmung von Zeugen Gebrauch zu machen genöthigt ist; dass der Richter endlich auch in Disciplinarsachen gerade so wie in Civil- oder Strafsachen durch eine falsche Zeugenaussage in seiner auf Ermittlung des Thatbestands gerichteten Thätigkeit, folgerichtig daher auch in seiner Cognition, entweder geradezu verhindert, oder doch irregeführt werden kann, so lässt es sich nicht bezweifeln, dass auch eine in Disciplinarsachen abgelegte falsche gerichtliche Zeugenaussage im Sinne des § 199 a StG. für ein falsches Zeugnis angesehen werden müsse, so „vor Gericht abgelegt" worden ist.

201.

436. Wiedereinsetzung gegen den Ablauf von Fristen ist im § 364 StPO. nur dem Beschuldigten und nicht auch den im § 282 StPO. bezeichneten Personen gewährt.

(Beschluss 19. Febr. 1889, Z. 1592.)

B liess das U. des KG. Spalato, welches ihn eines Verbrechens schuldig spricht, unangefochten. Seine Gattin jedoch überreichte vier Tage nach der Urtheilsverkündigung ein nach § 364 StPO. instruiertes Gesuch, worin sie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anmeldung der NB. begehrt. Der CH. wies dasselbe zurück, von der Erwägung geleitet: „dass, weil § 364 StPO. eine Ausnahmsbestimmung enthält, die Anwendung derselben auf Fälle, welche im Gesetze nicht bestimmt bezeichnet sind, nicht zulässig erscheint; dass nach dem Wortlaute des Gesetzes nur dem Beschuldigten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden kann, wenn die Versäumung der Frist ohne sein oder seines Vertreters Verschulden eintrat und die Wiedereinsetzung innerhalb drei Tagen nach dem Aufhören des (in seiner Person) eingetretenen Hindernisses nachgesucht wird; dass eine Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmung über deren Wortlaut hinaus um so unzulässiger erscheint, als das Gesetz, wenn es die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand jeder Person hätte gewährt wissen wollen, die ein Rechtsmittel zu Gunsten des Beschuldigten anzubringen berechtigt erscheint, sich an dieser, gleichwie an vielen anderen Stellen (§§ 281, 282, 283, 344, 354, 359 StPO.), des allgemeinen Ausdrucks „zur Anmeldung eines Rechtsmittels zu Gunsten (oder zum Vortheile) des Beschuldigten“ bedient hätte; so wie endlich, dass, wollte man die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allen im § 282 StPO. genannten Personen zugänglich machen, die Rechtskraft der Strafurtheile auf unabsehbare Zeit in Frage gestellt wäre.“

202.

437. Zulässigkeit des Verzichts auf die bereits in Anspruch genommene Begünstigung des § 152 StPO.

(E. 16. Febr. 1889, Z. 14007. — Vors. SP. Dr. Habietinek; GP.: GP. R. v. Cramer; V.: Dr. H. Friedmann.)

Zu Beginn der Verhandlung in der Anklagesache des P wegen Meuchelmord hat die als Zeuge vorgeladene A die Begünstigung des § 152, 1 StPO. in Anspruch genommen. Noch vor Schluss des Beweisverfahrens ward jedoch A anderen Sinnes, sie wurde auf Anmelden neuerlich in den Sitzungssaal gerufen, verzichtete nunmehr auf das Recht der Zeugnisverweigerung und wurde als Zeuge vernommen. Der Protest des Vertheidigers blieb wirkungslos. Der Gerichtshof stützte sich auf die Erwägung, dass aus der anfänglichen Verweigerung des Zeugnisses für den Angekl. kein Recht erwachsen sei, der Vernehmung des sich nachträglich freiwillig zur Aussage meldenden Zeugen entgegenzutreten und denselben abzulehnen. Die Verhandlung endete mit der Verurtheilung des P, welcher des Anklagedelicts schuldig erkannt worden ist. Wider das Strafurtheil hat derselbe eine NB. überreicht, in welcher er neben anderen Nichtigkeitsgründen auch Ziffer 5 des § 344 StPO. wegen der Abhörung der A geltend macht. Die Beschwerde wurde auch in diesem Punkte verworfen.

Gründe: Auch darin soll Abs. 5, oder wie die Beschwerde meint, Abs. 4 des § 344 StPO. begründet sein, dass A, welche sich gemäss § 152 StPO. der Zeugenschaft entschlagen hatte, auf ihr Verlangen im weiteren Verlaufe der Verhandlung trotz des Protestes der Vertheidigung zur Aussage zugelassen wurde; sei doch dem Angekl. aus der Anrufung der Rechtswohlthat des § 152 StPO. das processuale Recht erwachsen, dass A nicht vernommen werde. Allein nicht ausgeschlossen, sondern nur vom Zeugnisse befreit sind die im § 152, 1 StPO. bezeichneten Angehörigen eines Beschuldigten. Aus Rücksicht für ihr Gefühl hat es das Gesetz ihrer Entscheidung überlassen, ob eine von ihnen abzulehnende Aussage in dieser Straf-

sache als Beweismittel soll benützt werden können, oder nicht. Das Gesetz berücksichtigt den Familiensinn, der es solchen Zeugen erschwert, selbst eine Thätigkeit zu entwickeln, welche dazu beitragen kann, einem nahen Angehörigen ein hartes Schicksal zu bereiten. Nicht den Beschuldigten, sondern den Zeugen begünstigt also die in Rede stehende Gesetzesstelle, woraus unwiderlegbar folgt, dass der Angekl. aus der früher erfolgten Aurufung des § 152 StPO. seitens der A. nicht das Recht ableiten könne, einen späteren Verzicht derselben auf diese Begünstigung für unzulässig zu erklären.

203.

438. a) Ausdehnung der Verhandlung und Urtheilsfällung auf eine im Vorverfahren bekannte That (StPO. §§ 263, 321). — b) Zurückweisung eines allgemeinen durch die besonderen Umstände des Falls (§ 166, al. 2 StPO.) nicht gerechtfertigten Antrags auf Einholung von Leumundsattesten der Zeugen.

(E. 23. Febr. 1889, Z. 14567. — Vors.: v. Schmerling; G.: Dr. Schrott; V.: Dr. Kellner.)

Gründe: Die NB. führt aus, es sei nicht richtig dass sich gegen die Angekl. erst bei der Hauptverhandlung Inzichten bezüglich des an R verübten Diebstahls ergaben; die diesfalls entscheidende Thatsache, der Umstand nemlich, dass der Verletzte, R. in der Heerde der Beschuldigten D zwei ihm gestohlene Schafe erkannte, sei vielmehr schon vor Erhebung der Anklage bekannt gewesen, und die StA. habe das Recht, die beiden D wegen dieses Diebstahlsfactums zu verfolgen, dadurch verloren, dass sie dieselbe nicht in die Anklage einbezog. Diese Ausführungen der NB. scheinen den Zweck zu verfolgen, den Nichtigkeitsgrund des § 344/10 b StPO. zur Darstellung bringen und die Behauptung zu rechtfertigen, dass die Verfolgung der That aus Gründen des Processrechts ausgeschlossen war. Es ist richtig, dass dem Gerichte, bez. der StA. schon durch den Gendarmeriebericht vom 23. Juni 1888 und durch die am 7. Juli 1888 von Simon R abgelegte Aussage bekannt war, dass Simon R in der Heerde der beiden Angekl. die ihm in der Nacht vom 4. bis 5. August 1887 gestohlenen zwei Schafe erkannt habe; auch erhellt aus den Acten und wurde in der Hauptverhandlung vom Vorsitzenden constatiert, dass infolge der erwähnten Aussage des R, auf Antrag des StA. am 6. Sept. 1888 die Voruntersuchung gegen D wegen des zum Schaden des R begangenen Diebstahls eingeleitet wurde; es ist endlich richtig, dass die Anklageschrift dessenungeachtet diesen Diebstahl den beiden D nicht zur Last legt. Allein trotz der Richtigkeit der von der NB. angeführten Thatsachen vermag die Stichhältigkeit der daran geknüpften processualen Folgerungen nicht anerkannt zu werden. Die Nichtabgabe einer Erklärung seitens der StA. innerhalb acht Tagen nach Mittheilung der abgeschlossenen Voruntersuchung (§ 112 StPO.) bringt den Verlust des Anklagerechts des StA. nicht mit sich. Wie sich in klarer Weise aus den Bestimmungen des § 112, Abs. 2 und des § 46, Abs. 3 StPO. ergiebt, tritt dieser Verlust wohl für den Privatkläger ein, welchem der Abschluss der Voruntersuchung mit der Belehrung mitgetheilt wird, dass er die Anklageschrift innerhalb 14 Tagen einzubringen habe, und dass die Nichteinhaltung dieser Frist dem Rücktritte von der Anklage gleichkomme; aber betreff der StA. hat die Nichteinhaltung der achttägigen Frist, da sie nicht unter die Sanction des Anklageverlusts gestellt ist, nicht dieselbe Wirkung. Die Bedeutung der für die StA. im § 112 StPO. bestimmten Frist ergiebt sich vielmehr aus dem in diesem Paragraphe enthaltenen Hinweise auf § 27 StPO., nach welchem die Strafgerichte verpflichtet sind, die Nichteinhaltung der für die StA. vorgeschriebenen Fristen der höheren Behörde zum Zwecke der Abhilfe anzuzeigen (siehe auch Abs. 4 des JME. v. 25. Nov. 1873, Z. 14956). Anwendbar auf den vorliegenden Fall konnte allenfalls § 57, Abs. 3 StPO. erscheinen. Nach dieser Gesetzesstelle wäre es den Angekl. D. sobald sie wahrnahmen, dass die Anklage die gegen dieselben erhobene Beschuldung des Diebstahls zum Schaden des Simon R, welche ja Gegenstand einer Voruntersuchung gewesen war, mit Stillschweigen übergieng, freigestanden, zu verlangen, dass sich die StA. über diesen Anschuldigungspunkt

erkläre; erst bei Nichteinhaltung der Frist, welche der Gerichtshof in diesem Falle nach § 15 der Vollzugsvorschrift der StPO. der StA. zu bestimmen gehabt hätte, wäre die Rechtsfolge des Anklageverlusts eingetreten. Offenliegend geht der Zweck dieser von den Nichtigkeitswerbern nicht in Anspruch genommenen Bestimmung des § 57 StPO. dahin, zu verhindern, dass aus einem Versehen des Anklägers, welchem ein Anschuldigungspunkt entgangen sein mag, der Verlust der Anklage abgeleitet werde. Auch § 321 StPO., dessen Bestimmungen vom Gerichtshofe im vorliegenden Falle mit Recht seiner Entscheidung zugrunde gelegt wurden, macht die Ausdehnung der Anklage bei der Hauptverhandlung auf eine andere That nicht davon abhängig, dass diese That vor der Hauptverhandlung nicht bekannt gewesen, sondern nur davon, dass die betreffende Beschuldigung bei der Hauptverhandlung erhoben worden sei. Die beiden Fälle, in welchen § 321, al. 2 StPO. die Ausdehnung der Hauptverhandlung auf eine neue, in der Anklage nicht enthaltene Beschuldigung für unzulässig erklärt, treffen, wie der Gerichtshof in seinem Zwischenerkenntnisse mit Recht hervorhebt (was übrigens auch die NB. nicht, bestreitet) hier nicht zu. Es hat sich weder eine bessere Vorbereitung der Vertheidigung als notwendig herausgestellt, noch fielen die Angekl. durch die Ausdehnung der Hauptverhandlung unter ein strengeres Strafgesetz, als das in der Anklage citierte; die Anklage gegen D war wegen der anderen ihnen zur Last gelegten Diebstähle nach den §§ 171, 173, 174 II b, 176 II a und 179 StG. erhoben worden; die Ausdehnung auf das Diebstahlsfactum zum Schaden des R konnte somit den Strafsatz in keiner Weise beeinflussen.

Die NB. des Angekl. C gegen dasselbe U. stützt sich auf § 344/5 StPO. wegen Zurückweisung des von der Vertheidigung gestellten Antrags. Leumundszeugnisse über alle Belastungs- und Entlastungszeugen einzuholen. Mit Recht hat der Gerichtshof diesen Antrag abgelehnt. Ein solcher Antrag entspricht gewiss nicht dem Geiste der StPO., welche im § 166, Abs. 2 sogar die Befragung des Zeugen über wider ihn durchgeführte strafgerichtliche Untersuchungen und deren Ergebnis nur dann zulässt, wenn dies dem Untersuchungsrichter nach den besonderen Umständen des Falls unumgänglich notwendig erscheint, wobei das Gesetz offenbar zunächst die Eidesausschliessungsgründe des § 170 StPO. im Auge hat. Wäre die Vertheidigung in der Lage gewesen, betreffs einzelner bestimmter Zeugen besondere Umstände hervorzuheben, welche die Einholung solcher Erkundigungen als notwendig oder angemessen dargestellt hätten, dann stünde die Frage möglicherweise anders. Einen solchen Inhalt aber hatte der in der Verhandlung gestellte Antrag nicht. In der NB. allerdings wird nur dagegen Beschwerde geführt, dass bezüglich der beiden Belastungszeugen M und X keine Erkundigungen eingeholt wurden. Damit bekämptt aber die NB. die Verwerfung eines Antrags, der in der Verhandlung eigentlich nicht gestellt wurde, während der wirklich gestellte dem Gesetze zuwiderlief und deshalb zurückgewiesen werden musste.

204.

Voraussetzung für die Zurechnung schuldhaften Notwehrexcesses (StG. §§ 2 g. 335).

(E. v. 26. Feb. 1889, Z. 2067.)

Gründe: Die NB. beruft der Ziffer nach wohl nur die Abs. 9 a und b und 10 § 281 der StPO., ihre Ausführung aber thut dar, dass auch der Nichtigkeitsgrund der Z. 5 des § 281 StPO. insbesondere in der Richtung zur Geltung zu bringen versucht wird, dass die Feststellungen des U. in Ansehung processentscheidender Thatsachen mit sich selbst im Widerspruche stehen. und diese Behauptung ist in der That eine gerechtfertigte.

Denn das im § 2 g StG. eingeräumte Notwehrrecht ist an dreierlei Voraussetzungen geknüpft: 1. an das Vorliegen eines rechtswidrigen Angriffs, 2. an eine hiedurch für den Angegriffenen hervorgerufene Not, d. i. die Notwendigkeit, den rechtswidrigen Angriff durch eine an sich gleichfalls strafbedrohte Gewalt abzuwehren und 3. an die Einhaltung einer maassvollen Vertheidigung. Unter

Feststellung der beiden ersten Voraussetzungen verneint der Gerichtshof concreten Falls das dritte Requisit und erkennt den Angekl. wegen schuldhaften Notwehrexcesses mit Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg (eine durch einen Messerschnitt in die linke Hand des Angreifers A hervorgerufene schwere körperliche Beschädigung) wegen Uebertretung des § 335 StG. für straffällig.

Um Notwehrexcess annehmen zu können, bedarf es zunächst der Feststellung, dass maassvolle Vertheidigung objectiv überschritten wurde. Die zur Abwehr gebrauchte Gewalt muss über den Rahmen des hiezu Notwendigen hinausgegangen sein. Allein hiedurch allein wird ein schuldhaftes Verhalten des Notwehrenden noch nicht constituiert. Hat er das Maass der Notwehrschranken nur infolge der sogenannten asthenischen (negativen) Affecte (Furcht, Bestürzung oder Schrecken) überschritten, so bleibt er doch straflos, weil er wohl objectiv bei der Notwehr excediert haben mag, aber hiebei nicht schuldhaft handelte.

Strafbarer Notwehrexcess liegt nur dann vor, wenn der Angegriffene nicht nur objectiv, sondern auch subjectiv die Notwehrschranken überschritt, d. h. wenn ihm nachgewiesen werden kann, dass er, wiewohl unter der Herrschaft asthenischer Affecte stehend, dennoch jene Einsicht haben konnte, die dem ruhig Handelnden mit Recht zuzumuten ist.

Ausgehend von der Annahme, Angekl. sei rechtswidrig angegriffen worden, und habe den den Angriff abwehrenden Schnitt mit dem Messer nicht in feindseliger Absicht unternommen, führt das U. an, dass er hiebei, zweifellos aus Furcht, Bestürzung oder Schrecken die Grenzen der nötigen Vertheidigung überschritten und dadurch eine Handlung unternommen habe, von welcher er schon nach ihren natürlichen für Jedermann leicht erkennbaren Folgen, nach seinem Stande und überhaupt nach seinen besonderen Verhältnissen einzusehen vermochte, dass sie eine Gefahr für das Leben, Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen oder zu vergrössern geeignet sei. Hiezu aber gelangt der Gerichtshof zufolge der Erwägung, dass Angekl. zwar notwendig einen Angriff zu befürchten Grund hatte, dieser Angriff aber noch nicht erfolgt war, dass das Verhalten des A nicht von der Art war, dass Angekl. den Angriff auf sein Leben oder doch seine körperliche Integrität beziehen musste, zumal der Angreifer mit einer Waffe nicht versehen war und der Angekl. bei der vorhergehenden Mishandlung eine Beschädigung nicht erlitt, dass der Angekl., obwohl ein bewohntes Haus in der Nähe war, von welchem er Hilfe erwarten durfte, sofort zum Messer griff und in solcher Weise vorgieng, dass der Angreifer eine schwere Verletzung erlitt.

Vergleicht man nun die in die angeführten Erwägungen aufgenommenen Momente thatsächlicher Natur mit den daraus gezogenen Schlüssen, so ergiebt sich vorerst, dass das U. die Voraussetzungen einerseits des Notwehrrechts, andererseits jene des straflosen und endlich jene des strafbaren Notwehrexcesses nicht auseinanderhält. Es ist der Argumentation der Gründe nicht zu entnehmen, welche thatsächlichen Momente für den Bestand eines rechtswidrigen Angriffs, welche für das Vorliegen eines Notwehrexcesses als maassgebend erachtet wurden. Diese cumulative Anführung thatsächlicher Momente für eine Mehrheit von Requisiten ruft, wie die Beschwerde mit Recht betont, auch einen Widerspruch der Gründe in sich selbst hervor, der die Richtigkeit der processentscheidenden Annahme eines Notwehrfalls und eines hiebei unterlaufenen Excesses geradezu in Frage zu stellen geeignet ist; so insbesondere die Annahme eines drohenden Angriffs unter gleichzeitiger Negierung eines solchen auf Leben und körperliche Integrität; so auch die Annahme, dass Vertheidigung wohl am Platze war, gleichzeitig aber auch, dass dieselbe infolge möglicher Hilfeleistung aus einem nahen Hause hätte vermieden werden können. Endlich entbehrt aber auch das U. zur Gänze thatsächlicher, durch Wiedergabe des Wortlauts des § 335 StG. nicht ersetzbarer Feststellungen, aus welchen entnehmbar wäre, dass Angekl. im Momente des Angriffs sich, trotz der festgestellten Affecte, der Notwehrüberschreitung, wenn solche erwiesen vorläge, bewusst werden konnte.

Dem CH. liegen demnach nicht jene thatsächlichen Feststellungen vor, welche zur Prüfung der processentscheidenden Fragen, nemlich der objectiven und subjectiven Notwehrüberschreitung erforderlich sind und da vermöge der Processgesetze dem CH. versagt ist, thatsächliche Feststellungen vorzunehmen, demnach

zum Zwecke der Entscheidung über die vorliegende Anklage die Erneuerung der Verhandlung unvermeidlich erscheint, so musste, der auf Z. 5 des § 281 StPO. gestützten NB. Folge gebend, das U. nach den oben angeführten Gesetzesstellen cassiert und die Anklagesache, mit Rücksicht auf den Wegfall eines criminellen Verhaltens des Angekl., an das competente Bezirksgericht verwiesen werden.

205.

Zum Begriffe der thätigen Mitwirkung unmittelbar bei Vollziehung des Mordes. (§ 136 StG.)

(E. 27. Febr. 1889, Z. 1590.)

Gründe: Nach § 136 StG. ist der Mord ausser an dem unmittelbaren Thäter und dem Besteller, auch an Demjenigen mit dem Tode zu strafen, der unmittelbar bei der Vollziehung des Mordes selbst Hand angelegt oder auf eine thätige Weise mitgewirkt hat. Der entscheidende Umstand, dass K unmittelbar bei der Vollziehung des Mordes auf thätige Weise mitgewirkt habe, ist — wenigstens in den Gründen — nicht festgestellt. Und wollte man annehmen, es genüge hiezu der Inhalt des Urtheilsdispositivums, so ist doch in der Urtheilsbegründung nicht angegeben, aus welchen Gründen der Gerichtshof die Ueberzeugung von einer unmittelbar bei Vollziehung des Verbrechens erfolgten thätigen Mitwirkung des Angekl. erlangt habe. Die ausschlaggebende Thatsache, welche eine solche Ueberzeugung gerechtfertigt hätte, dass nemlich K eine Feuerwaffe abschoss, wurde nicht als bewiesen, sondern nur als wahrscheinlich angesehen; andere für diese Ueberzeugung eintretende Umstände wurden nicht angeführt. Die Urtheilsmotive sagen einfach: „auf Grund der angeführten Umstände und mit Rücksicht auf die volle Uebereinstimmung des Benehmens und der Handlungen des K und des B hat der Gerichtshof die Ueberzeugung gewonnen, dass durch thätige Mitwirkung des K A und T getödtet wurden“. Aber die „angeführten Umstände“ bestehen nur in folgendem: in den Ereignissen, die sich am 31. Oct. 1875 im Gemeindeamte zu Cartole abgespielt haben; in den Aussagen des A und anderer Zeugen, welche den K sofort nach dem Abfeuern der Waffen auf dem Thatorte sahen und seine Flucht wahrnahmen; im schlechten Rufe K's und dem durch lange Zeit verborgen gehaltenen Aufenthalt desselben. Diese Umstände genügen nicht, um daraus eine thätige Mitwirkung K.'s bei Vollziehung des Mordes ableiten zu können. Der NB. musste deshalb stattgegeben und das angef. U. behoben werden.

206.

439. Voraussetzung für die Verhängung der Abschaffung als Strafe (§ 249 und 250 StG.)[1]

(Plen.-E. 28. Febr. 1889, Z. 15260. — Vors.: SP. Dr. Habietinik; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Der nach Mostar in der Hercegovina zuständige S wurde vom BG. Curzola des Diebstahls und Betrugs nach den §§ 460 und 461 StG. schuldig erkannt und deshalb zu einer Arreststrafe und zur Abschaffung aus Dalmatien nach verbüsstem Arreste verurtheilt. Der Verurtheilte liess das U. unangefochten; vom CH. wurde dasselbe im Punkte der verhängten Abschaffung auf Grund der von der GP. zur Wahrung des Gesetzes überreichten NB. aufgehoben. Gründe: Die vom BG. verhängte Abschaffung entspricht nicht dem Gesetze. Zur Begründung derselben wird auf die §§ 240 und 249 StG. verwiesen, „welche“, wie das Gericht erklärt, „mit Rücksicht auf den Stand und die Nationalität des Angekl. zur Anwendung ge-

[1] In gleichem Sinne die Plen.-E. vom 24. Sept. 1877, Z. 11063, und 20. Juli 1882, Z. 4885 und 8498 (Geller, Oesterr. Justizges., 3. Aufl., V § 249 [1]).

langen können." Allein § 240 StG. enthält nur die Aufzählung der im Strafgesetze vorkommenden Strafen für Vergehen und Uebertretungen, darunter auch jene der Abschaffung aus einem Kronlande (lit. g) und § 249 StG. normiert des Näheren die Modalitäten der Abschaffung. Einen Schluss auf die Anwendbarkeit dieser Strafart im vorliegenden Falle gestatten die citierten Gesetzesstellen keineswegs. Allerdings ermächtigt § 460 StG., dessen Strafbestimmung dem U. zugrunde liegt, den Richter „nach Beschaffenheit der Umstände" zur Verschärfung des Arrestes. Dieser Richter war also berechtigt, die von ihm verhängte Arreststrafe nach § 253 StG. (durch Fasten, hartes Lager u. s. f.) zu verschärfen; keineswegs aber durfte er neben der Arreststrafe auch die Abschaffung verhängen; denn obgleich § 250 StG. es als eine Verschärfung der Strafen im allgemeinen erklärt, wenn von den einzelnen (im § 240 StG. festgesetzten) Strafen mehrere vereinigt werden (wie dies im vorliegenden Falle durch Cumulierung der Arreststrafe — § 240 lit. a — mit jener der Abschaffung aus einem Kronlande — § 240 lit. g — geschah) so gestattet doch eben dieselbe Gesetzesstelle (§ 250 StG.) eine solche Verschärfung nur in denjenigen Fällen, „für welche, und in dem Maasse, wie sie im StG. bestimmt ist", — also nicht bei Anwendung der Strafbestimmung des § 460 StG., welcher die Abschaffung fremd ist.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

26. Begriff der Zahlungseinstellung.

Begrifflich erfordert die Zahlungseinstellung, wie die Motive zum § 94 der RCO. (Kortkampf'sche Ausgabe S. 157) richtig hervorheben, dass der Zustand der Zahlungsunfähigkeit kein nur latenter, sondern dass das auf der Zahlungsunfähigkeit beruhende Unterbleiben nicht einzelner, sondern aller vorkommenden Zahlungen, oder doch der regelmässigen Zahlungen, durch irgend einen Act, einen auch Dritten erkennbaren Umstand, offenbar wird, in die äussere Erscheinung tritt. Regelmässig wird deshalb die Zahlungs a u f f o r d e r u n g hinzutreten müssen. (Bolze I N. 2173, 2174; II Nr. 1985, 1986; V Nr. 1410. — EE. des ROHG. Bd. 13 S. 227, Bd. 10 S. 66.) Nach dem Zusammenhang der Gründe des BU. ist aber anzunehmen, dass der BR. nicht einen allgemein giltigen Satz dahin aufstellen will, dass die Nichtberichtigung fälliger Schulden allein und an und für sich für die Zahlungseinstellung genüge. Die Elemente des Begriffs der Zahlungseinstellung legt der BR. richtig zum Grunde: das allgemeine, wenn auch nicht absolute Unterbleiben der regelmässigen, fälligen Zahlungen und Zahlungsunvermögen als Grund desselben, beides stellt er fest. Welche Thatsachen und Umstände geeignet sind, den Zustand der Zahlungsunfähigkeit und die Thatsache der Zahlungseinstellung e r k e n n e n zu lassen, ist im Uebrigen dem Ermessen des Richters in jedem einzelnen Falle zu überlassen; dies Ermessen findet seine Schranken nur in den r e c h t l i c h e n Elementen des Begriffs der Zahlungseinstellung. EE. des ROHG. Bd. 2 S. 56; Bd. 10 S. 66: Bd. 13 S. 227. (U. I. CS. vom 23. März 1889, Nr. 35.)

27. Anspruch des Provisionsberechtigten auf Auskunft durch Abrechnung.

Die Pflicht, Auskunft durch Aufstellung und Abrechnung zu ertheilen, bestreitet die Bekl. ohne jeden Grund. Das dem Kl. eingeräumte Recht auf Provision würde ohne solche Pflicht zur Auskunft völlig inhaltslos und der Willkür der Bekl. anheimgestellt sein. Ob die Bekl. zum Zweck der Prüfung der ertheilten Auskunft dem Kl. Einsicht in ihre Geschäftsaufzeichnungen und Bücher zu gewähren hat (vgl. EE. des ROHG. Bd. XVII S. 275 und Bd. XVIII S. 1), kann zur Zeit unerörtert bleiben, weil der Klageantrag nicht darauf, sondern auf Ertheilung der Aufstellung gerichtet ist (U. I CS. vom 9. März 1889, Nr. 21).

28. Wirkung der Uebersendung einer Ausfallsprobe.

Das dem Bekl. übersandte Ausfallmuster war, insoweit es sich um die äussere Beschaffenheit der Waare handelte, eine Probe im Sinne des Art. 340 des Hgb., d. h. ein Muster, durch welches die Verpflichtung des Verkäufers hinsichtlich der Beschaffenheit der zu liefernden Waare bestimmt werden sollte. Es ist indess nicht ausgeschlossen, dass derselben noch eine weitere Bedeutung beizumessen ist. Regelmässig wird die Ausfallsprobe gegeben, um den Käufer schon vor der Ablieferung der Waare selbst Kenntnis vom Ausfall und Gelegenheit zur Untersuchung zu verschaffen. Wird eine in diesem Sinne gegebene Ausfalls-

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.

probe unbeanständet entgegengenommen, so gilt die Waare als genehmigt hinsichtlich derjenigen Mängel, die sich bei ordnungsmässiger Untersuchung der Probe hätten herausstellen müssen (v. Hahn, Commentar zu Art. 347 des Hgb. § 22). (U. I. CS. vom 16. März 1889, Nr. 26.)

29. Bedeutung der dem Verkäufer zu gewährenden Nachfrist zur Erfüllung.

Art. 356 des Hgb. hat nicht den Zweck, die Erfüllungszeit abzuändern. Der Käufer kann den Schaden, welchen ihm die kürzeste Ueberschreitung der Lieferzeit verursacht, gegen den Verkäufer geltend machen. Der Art. wahrt nur den Verkäufer davor, dass der Käufer das Recht, vom Vertrag abzugehen, bez. sich zu decken, in unzulässiger Weise geltend mache. Gegenüber derartigen Erklärungen des Käufers kann der Verkäufer verlangen, während einer kurzen Frist zur Nachlieferung zugelassen zu werden. Der Verkäufer muss aber dieses Recht geltend machen. Unterlässt er dies, so ist der Käufer berechtigt, die Folgen aus seiner dem Verkäufer gegebenen Erklärung zu ziehen; er kann also namentlich sich decken, und wenn er dies gethan, die Annahme der nachträglichen Erfüllung ablehnen. Einer Auseinandersetzung der Gründe, warum er nicht rechtzeitig erfüllt habe, seitens des Verkäufers, bedarf es dabei aber zur Wahrung des Rechts auf Nachlieferung nicht. Es ist nicht correct, wenn in den Entscheidungen des ROHG. Bd. 8 Nr. 30 S. 126 dies verlangt wird. Auch eine ausdrückliche Bestimmung der Dauer der geforderten Frist ist nicht erforderlich. Es hat vielmehr, wenn, nachdem das Verlangen gestellt war, die Nachlieferung erfolgt, der Richter zu beurtheilen, ob diese Nachholung der Erfüllung innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt sei. Entscheidungen des ROHG. Bd. 23 Nr. 11 S. 40, Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. 7 Nr. 27 S. 79. Die Erklärung, nachliefern zu wollen, in den Briefen der Kl. vom 3. und 6. März erscheint darum als genügende Wahrung des Rechts auf Nachlieferung. (U. I. CS. vom 16. Jänner 1889, Nr. 317.)

30. Anfechtung. Begriff der Benachtheiligung.

Ein Gläubiger ist nur dann benachtheiligt, wenn er ohne die Rechtshandlung des Schuldners überhaupt oder in höherem Maasse Befriedigung aus dessen Vermögen erlangt haben würde: Siehe RG.-EE. Bd. X S. 8 und ff., Bd. XIV S. 313. Dies ergiebt sich von selbst aus dem Begriffe: „Benachtheiligung“ und ist vom RG. mehrfach anerkannt. So wurde entschieden, dass, wenn der Wert der vom Schuldner veräusserten Gegenstände durch vorhergehende Pfändungspfandrechte vollständig absorbiert war, jener Wert ein Befriedigungsmittel für den anfechtenden Gläubiger nicht abgegeben haben würde, mithin durch die Abtretung jener Gegenstände dem Letzteren keine Befriedigungsmittel entzogen worden wären, folglich durch jene Abtretung die vom Gesetze erforderte Benachtheiligung des Anfechtungsgläubigers nicht eingetreten sei. (Vgl. RG.-Entscheidungen Bd. XV S. 65, Bd. XXI S. 99.) Ebenso hat der VI. CS. am 27. Sept. 1886 in der Sache IIIa 135.86 ausgesprochen, die Voraussetzung der Benachtheiligung treffe nicht zu, wenn der Schuldner ein bis zum vollen Werte mit Hypotheken belastetes Grundstück verkaufe, welche der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehme. Denn in diesem Falle hätten persönliche Gläubiger, auch ohne den Verkauf, keine Aussicht, aus dem Grundstücke ihre Befriedigung zu erlangen, sie würden daher auch nicht durch denselben benachtheiligt. (U. VI. CS. vom 21. März 1889, Nr. 7.)

31. Anfechtung. Feststellung der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners.

Zur Feststellung der Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, genügt nach wiederholten Entscheidungen des RG. (Entscheidungen Bd. IX, S. 75, Bd. XI S. 173) die Feststellung seines Bewusstseins, dass die Benachtheiligung der Gläubiger die notwendige (— wie vorliegend vom BR. angenommen —) oder auch nur höchst wahrscheinliche Folge seiner Handlung sein werde. Eine Benachtheiligung der übrigen Gläubiger im Sinne des Gesetzes ist es zwar noch

nicht, wenn ihnen dadurch, dass einem Gläubiger nur das, was er zu der Zeit und in der Art zu fordern das Recht hatte, zugewandt wird, solche Befriedigungsmittel entzogen werden, auf welche sie ein vorzügliches Recht vor den Befriedigten ohnehin nicht hatten (Entscheidungen des RG. Bd. XX S. 180), und auch dadurch allein wird das Geschäft nicht zu einem nach dieser, der objectiven, Seite rechtswidrigen, dass der eine Gläubiger durch dasselbe an Stelle des ihm geschuldeten Gegenstands ein Aequivalent oder eine Sicherstellung erhält, — s. g. Deckungsgeschäft. Das Gesetz (§ 2) giebt die Anfechtungsklage jedem Gläubiger, dessen Forderung zur Zeit der Anfechtung fällig und vollstreckbar ist. und macht auch im § 3 Nr. 1 der Anfechtung nicht von der Absicht der Benachtheiligung eines bestimmten Gläubigers, oder derjenigen Gläubiger, deren Forderung zur Zeit der benachtheiligenden Rechtshandlung schon fällig war, abhängig; — und zwar beides in bewusster Abweichnng von der Paulianischen Klage des Gemeinen Rechts (vgl. Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. I § 114, 5. Aufl. S. 773 — und dort citierte Motive der KKO.). (U. V. CS. 27. März 1889 Nr. 361).

Verordnungen.

52.

Verordnung des Justizministeriums vom 16. December 1888, Z. 21465,

betreffend die Entrichtung der Insertionsgebüren für die im Amtsblatte der „Wiener Zeitung" veröffentlichten Caducitätsedicte hinsichtlich alter Depositen.

Auf Grund einer Vereinbarung der betheiligten k. k. Ministerien ist die Verfügung getroffen worden, dass bei Verlautbarung der gerichtlichen Edicte im Caducitätsverfahren hinsichtlich der seit mehr als 30 Jahren erliegenden Depositen durch das Amtsblatt der „Wiener Zeitung" von dem Comptoir dieser Zeitung nicht auf der sogleichen Berichtigung der Insertionsgebür bestanden, sondern der betreffende Betrag in Vormerkung genommen werde und die Gebür seitens des Gerichts erst dann zu berichtigen sei, wenn das eingeleitete Caducitätsverfahren zu Ende geführt worden ist.

Wer aus dem durchgeführten Verfahren einen Vermögensvortheil erreicht, soll an den Insertionskosten verhältnismässig participieren.

Nach Durchführung des Caducitätsverfahrens wird das Gericht in der Lage sein, die entfallende Insertionsgebür von den eventuell mit Erfolg sich meldenden Eigentumsansprechern der ausgeschriebenen Depositen und vom Caducitätsärar, insofern demselben aus diesem Verfahren ein Vermögensvortheil erwächst, allenfalls durch Abzug von dem auszufolgenden Bargelde hereinzubringen und dem Comptoir der „Wiener Zeitung" abzuführen.

Die Gerichte werden daher angewiesen, in denjenigen Fällen, in welchen das Heimfallsrecht des Fiscus hinsichtlich aller ausgeschriebenen Depositen oder eines Theils derselben zur Geltung gelangt, bei der jedesmal verzeichnisweise erfolgenden Zuweisung der caduken Depositen, die im durchgeführten Verfahren aufgelaufene Insertionsgebür vom Caducitätsärar nach Massgabe jenes Verhältnisses in Anspruch zu nehmen, in welchem der Wert der caduk erklärten Vermögenschaften zu dem Werte des edictaliter behandelten, in Bargeld oder öffentlichen Obligationen, Sparcassebüchern und anderen in Geld umsetzbaren Privaturkunden, wie Actien und Losen, ferner in Pretiosen und Juwelen bestehenden Gesammtvermögens steht.

In analoger Weise sind auch diejenigen Privatparteien, denen infolge des Edictalverfahrens Vermögenschaften aus den ausgeschriebenen Depositen zufallen, nach Maassgabe des ihnen zufallenden Vermögens, zur Tragung der ganzen Edictskosten oder eines Theiles derselben heranzuziehen.

Insofern die Insertionsgebüren im einzelnen Falle nicht in der bezeichneten Weise zur Deckung gelangen, was insbesondere dann eintreten wird, wenn ausnahmsweise das Edictalverfahren ausschliesslich in Ansehung von nicht in Geld umsetzbaren Privaturkunden eingeleitet werden sollte und solche Urkunden von Niemandem erhoben würden, so dass dieselben in die gerichtliche Registratur zur weiteren Aufbewahrung abgegeben werden müssten, haben die Gerichte die Insertionsgebüren aus ihrem Amts- und Kanzleipauschale zu berichtigen.

Die Insertionsgebür ist dem Comptoir der „Wiener Zeitung" nicht in Theilbeträgen, sondern stets auf einmal zu übersenden.

53.

Verordnung des Justizministeriums vom 16. December 1888, Z. 22087,

betreffend die Vorlage von Geschäftsausweisen über Naphtabuchsachen und den Stand der Naphtabücher.[1]

[1] Siehe Verordnung des Justizministeriums vom 22. Jänner 1887 (JMVdgbl. 3).

Jahrgang 1889.

1.

Verordnung des Justizministeriums vom 29. December 1888, Z. 22492,

betreffend Eintragungen in die statistischen Ausweise A und D der Staatsanwaltschaft.

2.

Verordnung des Justizministeriums vom 1. Jänner 1889, Z. 22969 ex 1888,

betreffend die den activen Staats- (und Hof-) Bediensteten auf den Linien der österreichischen Staatsbahnen zugesicherten Fahr- und Frachtbegünstigungen.

3.

Verordnung des Justizministeriums vom 9. Jänner 1889, Z. 369,

betreffend die gegenseitige Anerkennung der Giltigkeit der in Ungarn oder in einem der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder erlangten Zeugnisse über die Prüfung aus der Staatsrechnungswissenschaft.

Die k. k. Ministerien des Innern und der Finanzen und der k. k. Oberste Rechnungshof einerseits, dann das königlich ungarische Finanzministerium und das königlich ungarische Ministerium für Cultus und Unterricht anderseits haben das Uebereinkommen getroffen, die in Ungarn, bez. in einem der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder vorschriftsmässig erlangten Zeugnisse über die Prüfung aus der Staatsrechnungswissenschaft als giltig anzuerkennen.

4.

Verordnung des Justizministeriums vom 9. Jänner 1889, Z. 621,

betreffend den Vorgang bei Ergänzung der neuen Grundbücher durch Eintragung von Liegenschaften, welche noch in keinem Grundbuche eingetragen sind.

Zur Erzielung eines gleichmässigen Verfahrens und zur Verminderung der Auslagen bei Ergänzung der neuen Grundbücher durch Eintragung von Liegenschaften, welche noch in keinem Grundbuche eingetragen sind, findet das JM. für die Grundbuchsergänzung, bei welcher gemäss ausdrücklicher Bestimmung der in den einzelnen Ländern in Geltung stehenden Grundbuchsanlegungsgesetze die Vorschriften über die Anlegung neuer Grundbücher sinngemäss anzuwenden sind, die durch die einfachere Gestaltung der Grundbuchsergänzung bedingten Modificationen der Grundbuchsanlegungsvorschriften nachstehend zu bestimmen:

1. Zur Einleitung des Verfahrens sind besondere Verzeichnisse der in das Grundbuch neu einzutragenden Liegenschaften und ihrer Besitzer, sowie Copien der Catastralmappen nicht erforderlich, sondern es genügt die genaue Bezeichnung

dieser Liegenschaften, namentlich bei Theilen von Parcellen die geometrische Darstellung derselben mittelst eines für die Urkundensammlung bestimmten, in Gemässheit des § 1 des Ges. vom 23. Mai 1883 (RGB. 82) und der MVdg. vom 1. Juni 1883 (RGB. 86) angefertigten Situationsplans, insoferne ein solcher bei Grundtheilungen überhaupt vorgeschrieben ist.

2. Die Erhebungen über die Besitz- und sonstigen einschlägigen Verhältnisse haben in der Regel bei Gericht unter individueller Vorladung aller bekannten Interessenten und der Gerichtszeugen stattzufinden.

Von der Einschaltung der Kundmachung über die vorzunehmenden Erhebungen in die Landeszeitung kann Umgang genommen werden, wofern dieselbe nicht durch besondere andere Umstände angezeigt erscheint.

Bei den Erhebungen hat das Gericht insbesondere auch auf jene Verhandlungen, welche hinsichtlich der einzutragenden Liegenschaften allenfalls anlässlich der Anlegung der neuen Grundbücher gepflogen wurden, Rücksicht zu nehmen, und, wenn diese Liegenschaften öffentliches Gut gewesen sind, durch Einvernehmung des mit der Verwaltung desselben betrauten Organs, nach Umständen auch der höheren Aufsichtsbehörde oder in sonst geeigneter Weise, im Sinne des zweiten Absatzes des § 20 des Ges. vom 25. Juli 1871 (RGB. 96) aufzuklären, ob dritten Personen dingliche Rechte auf diese Liegenschaften zustehen oder nicht.

3. Die Auflegung des Erhebungsoperates zur allgemeinen Einsicht hat bei dem Gemeindevorsteher jener Gemeinde, in deren Gemarkung die einzutragende Liegenschaft gelegen ist, zu erfolgen.

Die Einschaltung der Kundmachung über die Frist zur Anbringung von Einwendungen und allfälligen weiteren Erhebungen in die Landeszeitung kann unterbleiben, wofern dieselbe nicht durch besondere Umstände angezeigt erscheint; jedoch ist für die gehörige und rechtzeitige Verlautbarung sowohl dieser als auch der ad 2 gedachten Kundmachung in jeder sonst für zweckmässig erachteten Weise in allen betheiligten und benachbarten Gemeinden die grösste Sorge zu tragen.

4. Nach Durchführung der Erhebungen ist die Grundbuchseinlage sofort zu verfassen und ist dieselbe sodann bei Vorlage des Erhebungsoperats zur Prüfung an den zuständigen Präsidenten des Gerichtshofs erster Instanz mitvorzulegen.

5. Der Gerichtshofspräsident hat das Erhebungsoperat nach vorgenommener Prüfung und Behebung der etwa vorgefundenen Mängel dem Oberlandesgerichte zur zuständigen Amtshandlung nach § 20 des Ges. vom 25. Juli 1871 (RGB. 96) über das Richtigstellungsverfahren vorzulegen.

Das Oberlandesgericht wird mit Rücksicht auf die ad 2 getroffenen Anordnungen in den Acten eine genügende Grundlage finden, um beurtheilen zu können, ob im Sinne des zweiten Absatzes des § 20 des bezogenen Gesetzes das Richtigstellungsverfahren zu unterbleiben habe oder nicht, in welcher Beziehung sich übrigens das Grundbuchsgericht bei Vorlage des Operats (Punkt 4) gutächtlich zu äussern hat.

6. Nach Herablangen der Acten vom Oberlandesgerichte an das Grundbuchsgericht ist die etwa notwendige Berichtigung der Grundbuchsmappe, falls dieselbe nicht schon bei den ad 2 gedachten Erhebungen erfolgt ist, sowie die Richtigstellung der Verzeichnisse und Register zu bewirken.

5.

Verordnung des Justizministeriums vom 18. Jänner 1889, Z. 1077,

betreffend die den activen Staats- (und Hof-) Bediensteten auf den Linien der österreichischen Staatsbahnen zugesicherten Fahr- und Frachtbegünstigungen.

6.

Verordnung des Justizministeriums vom 4. Februar 1889, Z. 2351,

betreffend die Hoftrauer für weiland Seine k. und k. Hoheit den durchlauchtigsten Kronprinzen Erzherzog Rudolf.

7.

Verordnung des Justizministeriums vom 1. Febr. 1889, Z. 898,

betreffend die Vollstreckung der von der k. k. General-Inspection der österreichischen Eisenbahnen als Aufsichtsbehörde über die bei Eisenbahnbetrieben, welche dem öffentlichen Verkehre dienen, jedoch nicht vom Staate verwaltet werden, bestehenden Unterstützungscassen gegen deren Vorstandsmitglieder verhängten Arreststrafen in den bezirksgerichtlichen Arresten.

In Ausführung des § 52 des Ges. v. 30. März 1888 (RGB. 33), betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, hat der Handelsminister laut Verordnung vom 5. Jän. 1889 (RGB. 4) die k. k. General-Inspection der österreichischen Eisenbahnen als Aufsichtsbehörde erster Instanz über die bei Eisenbahnbetrieben, welche dem öffentlichen Verkehre dienen, jedoch nicht vom Staate verwaltet werden, bestehenden Unterstützungscassen mit dem in diesem Gesetze festgesetzen Wirkungskreise zu bestimmen gefunden.

Insofern nach § 19 des bezogenen Gesetzes die Aufsichtsbehörde insbesondere auch befugt ist, die Befolgung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften durch Verhängung von Geldstrafen bis zu 100 fl. und im Nichteinbringungsfalle mit Arreststrafen bis zu 14 Tagen gegen die Mitglieder des Vorstands der betreffenden Krankencasse zu erzwingen, wird für den Fall, als die General-Inspection der österreichischen Eisenbahnen als Aufsichtsbehörde über die obbezeichneten Cassen etwa in die Lage kommen sollte, gegen Mitglieder des Vorstands solcher Cassen Arreststrafen an Stelle von Geldstrafen zu verhängen, im Einvernehmen mit dem Handelsministerium verordnet, dass die Vollstreckung dieser Arreststrafen in den Arresten der Bezirksgerichte (auch der städtisch-delegierten Bezirksgerichte) ohne Anspruch auf einen Verpflegskostenersatz aus dem Etat eines anderen Ressorts stattzufinden hat.

Insoweit es ausführbar ist, werden selbstverständlich die betreffenden Häftlinge getrennt von den bezirksgerichtlichen Arrestanten und jedenfalls nicht gemeinsam in einer Zelle mit Personen zu verwahren sein, welche wegen schwerer Verbrechen oder Landstreicherei in Haft befindlich sind.

8.

Verordnung des Justizministeriums vom 13. Februar 1889, Z. 55 Prs.,

betreffend den Titel der durchlauchtigsten Witwe weiland Seiner k. und k. Hoheit des durchlauchtigsten Kronprinzen Erzherzogs Rudolf.

9.

Verordnung des Justizministeriums vom 17. Febr. 1889, Z. 2743,

betreffend die Portopflicht von Fahrpostsendungen, womit Amtsbücher zum Zwecke des Einbindens an Strafanstalten befördert werden.

Da es ungeachtet der Bestimmungen des Ges. v. 2. Oct. 1865 (RGB. 108) und der in einzelnen Fällen erlassenen Weisungen noch immer vorkommt, dass von Seite der Gerichte für Fahrpostsendungen, womit Amtsbücher an die Strafanstalten zum Einbinden befördert werden, die Portofreiheit in Anspruch genommen wird, so werden sämmtliche Justizbehörden aufmerksam gemacht, dass derartige Fahrpostsendungen die Portofreiheit nicht geniessen und bei der Aufgabe zu frankieren sind.

10.

Verordnung des Justizministeriums vom 26. Februar 1889, Z. 3593,

betreffend die den activen k. k. Staats- (und Hof-) Bediensteten auf den Linien der österreichischen Staatsbahnen zugesicherten Fahr- und Frachtbegünstigungen.

11.

Verordnung des Justizministeriums vom 10. März 1889, Z. 4242,

womit die Anwendung der hierortigen Verordnung vom 8. Juni 1888, Z. 3655, betreffend die obligatorische Desinfection der Kleider, Wäsche und sonstigen Effecten der in gerichtliche Gefängnisse oder Strafanstalten eingelieferten Individuen, auf Gerichtsgefängnisse in nicht städtischen Gemeinden ausgedehnt wird.

Ueber Anregung des k. k. Ministeriums des Innern als obersten Sanitätsbehörde findet das Justizministerium anzuordnen, dass die Verordnung des Justizministeriums vom 8. Juni 1888, Z. 3655 (JMVdgbl. Nr. 27) betreffend die obligatorische Desinfection der Kleider, Wäsche und sonstigen Effecten der in gerichtliche Gefängnisse oder Strafanstalten eingelieferten Individuen, auch in Gerichtsgefängnissen ausserhalb der Städte, soweit die Vorbedingungen zur Durchführung vorhanden sind, in Anwendung zu bringen ist.

12.

Verordnung des Justizministeriums vom 14. März 1889, Z. 4919,

betreffend die Befreiung der wehrpflichtigen Gerichts- und Strafanstaltsbeamten von der Militärdienstleistung im Mobilisierungsfalle für das Jahr 1889.

13.

Verordnung des Justizministeriums vom 16. März 1889, Z. 4457,

betreffend die Abgabe von Aeusserungen seitens der Gerichte in Fällen vorzunehmender Neuvermessungen grösserer Grundcomplexe.

Die gesetzlich begründeten Wechselbeziehungen zwischen den neuen Grundbüchern und dem Grundsteuercataster machen es nötig, zur Hintanhaltung der Nachtheile, welche die Neuvermessung eines grösseren Grundcomplexes und die mit derselben verbundene Neunumerierung der Parcellen für das betreffende Grundbuch in Bezug auf dessen Brauchbarkeit im Gefolge hat, Vorsorge dafür zu treffen, dass Neuvermessungen nur bei Eintritt zwingender Notwendigkeit vorgenommen werden, und dass vor Einleitung solcher Neuvermessungen den Justizbehörden Gelegenheit geboten werde, ihre Meinungsäusserung hierüber mit Rücksicht auf die erforderliche Aenderung des Grundbuchs, bez. der Grundbuchsmappe abzugeben.

Zufolge des in dieser Hinsicht mit dem k. k. Finanzministerium gepflogenen Einvernehmens hat nun das letztere dem Justizministerium mitgetheilt, dass die vollständige oder theilweise Neuvermessung einer Catastralgemeinde, abgesehen von den infolge von Commassationen notwendig werdenden Neuaufnahmen, nur dann veranlasst wird, wenn durch umfangreiche Besitz- und Objectsveränderungen eine gänzliche Umgestaltung des auf der Catastralmappe dargestellten Besitzstands eingetreten ist; dass aber ausserdem Neuvermessungen auch dann eingeleitet werden, wenn hinsichtlich der geometrischen Darstellung auf den alten Catastralmappen Ungenauigkeiten in einer Gemeinde in grösserer Ausdehnung unterlaufen sind, dies in vereinzelten Fällen bei den zur Zeit der Catastralvermessung zur Anwendung gebrachten Vermessungsmethoden und Instrumenten vorgekommen ist. In solchen Fällen stellen sich die Neuvermessungen behufs Herstellung neuer Mappen als unvermeidlich dar, um der Bestimmung des § 1 des Evidenzhaltungsgesetzes vom 23. Mai 1883 (RGB. 83) entsprechen zu können.

Zugleich hat das k. k. Finanzministerium an die unterstehenden Finanzbehörden die Weisung erlassen, dass in allen Fällen, in welchen Neuvermessungen notwendig erscheinen und die Bewilligung hiezu nach den bestehenden Vorschriften (§ 3 der vom k. k. Finanzministerium erlassenen „Andeutungen hinsichtlich des Verfahrens bei Ausführung der Vermessungsarbeiten und bei Durchführung der Veränderungen in den Operaten des Grundsteuercatasters“ vom 11. Juni 1883) im Wirkungskreise der Finanzlandesbehörden liegt, wie auch in allen jenen Fällen, in welchen zur Vornahme der Neuvermessung die Bewilligung des k. k. Finanzministeriums einzuholen ist, vorerst die betreffenden Grundbuchsgerichte hievon zu verständigen sind. In dieser Mittheilung sind die maassgebenden Verhältnisse erschöpfend darzustellen, und ist auch jedesmal darzulegen, ob die alte Numerierung der Parcellen beibehalten werden kann oder aber eine Neunumerierung der Parcellen (§ 9 Punkt 9 der oberwähnten „Andeutungen“) vorzunehmen ist. Sollte in besonderen Fällen die Angabe, ob die Beibehaltung oder die Aenderung der Numerierung stattfinden wird, im Vorhinein nicht zulässig erscheinen, so ist dieser Umstand unter Darstellung der maassgebenden Verhältnisse zu betonen.

Mit Rücksicht hierauf findet das Justizministerium anzuordnen, dass im Falle, als dem Grundbuchsgerichte die Mittheilung von einer beabsichtigten Neuvermessung zukommt, dieses hierüber vom Standpunkte der Grundbuchsführung und namentlich mit Rücksicht auf die erforderliche Aenderung des Grundbuchs, bez. der Grundbuchsmappe an das Oberlandesgericht gutächtlichen Bericht zu erstatten hat, welch letzteres sodann diesen Bericht nebst seiner eigenen Meinungsäusserung an die Finanzlandesbehörde zu leiten haben wird.

Sollte die Neuvermessung sich sowohl auf landtäfliche, als auch auf nicht landtäfliche Grundcomplexe beziehen, hinsichtlich welcher die Grundbücher bei zwei verschiedenen Gerichten geführt werden, so ist die Aeusserung desjenigen Gerichts, welches die bezügliche Mittheilung der Finanzbehörde erhalten hat, dem Oberlandesgerichte auf dem Wege des anderen Gerichts, welches ebenfalls zur Abgabe seiner Meinungsäusserung berufen ist, vorzulegen.

Die Gerichte haben bei ihren Meinungsäusserungen die Interessen der Grundbuchsführung zu wahren, sollen jedoch gegen die Vornahme von Neuvermessungen Einwendungen dort nicht erheben, wo die Herstellung neuer Catastralmappen nach dem Obgesagten unvermeidlich scheint

Unter allen Umständen ist darauf zu achten, dass die Meinungsäusserungen der Gerichte der Finanzlandesbehörde spätestens binnen sechs Wochen nach Einlangen der bezüglichen Mittheilung beim Grundbuchsgerichte zukommen.

Die Finanzbehörden sind angewiesen, wenn diese Frist nicht eingehalten werden sollte, unverzüglich die Anzeige an das k. k. Finanzministerium zu erstatten.

In den Fällen, in welchen es sich nur um geringfügige, theilweise Neuaufnahmen handelt, wird eine vorherige Einvernehmung der Gerichte ohne Störung der Catastraloperationen unthunlich erscheinen. Das k. k. Finanzministerium hat die Verfügung getroffen, dass die bezüglichen Fälle jedesmal den betreffenden Grundbuchsgerichten unter Anschluss eines mit Benützung der Drucksorte für Parcellenprotokolle (ohne Flächen- und Reinertragsansätze) zu verfassenden Verzeichnisses mitgetheilt werden.

14.

Verordnung des Justizministeriums vom 16. März 1889, Z. 5104,

betreffend die Beschränkung der Percentualberechnungen zu den statistischen Tabellen über die Verhältnisse der österreichischen Strafanstalten auf die erste Decimale.

Die Percentualberechnungen, welche die Oberstaatsanwaltschaften nach dem hierortigen Erlass vom 7. März 1881, Z. 3563, zu den statistischen Tabellen über die Verhältnisse der österreichischen Strafanstalten vorlegen, sind von nun an, daher auch schon zu den statistischen Tabellen für das Jahr 1888, auf die erste Decimale zu beschränken.

15.

Verordnung des Justizministeriums vom 21. März 1889, Z. 5281,

betreffend die Behandlung der Gesuche um Ausfolgung von Auszügen aus dem Vormerkbuche über die auf den Bezügen von Civil-Staatsbediensteten haftenden Vormerkungen.

Das k. k. Finanzministerium hat ddo. 10. März 1889, Z. 11569, die nachstehend abgedruckte Verordnung, betreffend die Behandlung der Gesuche um Ausfolgung von Auszügen aus dem Vormerkbuche über die auf den Bezügen von Civil-Staatsbediensteten haftenden Vormerkungen, für die ihm unterstehenden anweisenden Behörden erlassen.

Hievon werden die dem Justizressort angehörigen anweisenden Behörden behufs Beobachtung eines gleichen Vorgangs bei der Erledigung von Parteien-Eingaben der bezeichneten Art in Kenntnis gesetzt.

Verordnung des k. k. Finanzministeriums vom 10. März 1889, Z. 11569,

betreffend die Behandlung der Gesuche um Ausfolgung von Auszügen aus dem Vormerkbuche über die auf den Bezügen von Civil-Staatsbediensteten haftenden Vormerkungen.[1]

Zur Erzielung eines gleichmässigen Vorgangs bei Behandlung der Gesuche von Parteien um Ausfolgung von Auszügen aus den Vormerkungsbüchern über die auf den Bezügen eines activen oder im Ruhestand befindlichen Civil-Staatsbediensteten haftenden Vormerkungen wird Folgendes zur Richtschnur vorgezeichnet:

Auszüge aus den Vormerkungsbüchern über gerichtliche und administrative Vormerkungen auf den Bezügen eines activen oder im Ruhestande befindlichen Civil-Staatsbediensteten sind von dem Finanzministerium unterstehenden anweisenden Behörden über schriftliches Ansuchen anstandslos, und zwar ohne Abverlangung eines die Gebrauchnahme solcher Auszüge gegen das Aerar ausschliessenden Reverses zu ertheilen:

1. An jene Personen, deren Bezüge durch die Vormerkung belastet sind, event. an die Erben und

2. an solche Gläubiger, welche hinsichtlich ihrer Forderungen die Vormerkung auf die Bezüge des betreffenden Civil-Staatsbediensteten bereits erwirkt haben, dann an deren Rechtsnachfolger.

Derlei Auszüge sind mit Rücksicht auf die Tarifposten 2 b und 17 c des Gebürengesetzes vom 9. Febr. 1850 mit den von den Gesuchstellern beizubringenden Stempelmarken per Einen Gulden für jeden Bogen zu versehen.

Jeder um die Ausfolgung eines solchen Auszuges ansuchende, vorgemerkte Gläubiger muss seine Legitimation bei Ueberreichung des bezüglichen Gesuchs mittelst des gerichtlichen oder administrativen, in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizubringenden Bescheids darthun.

Der Rechtsnachfolger des vorgemerkten Gläubigers muss sich überdies, wenn der Uebergang im Vormerkungsbuche noch nicht ersichtlich ist, über diese Rechtsnachfolge ausweisen.

16.

Verordnung des Justizministeriums vom 23. März 1889, Z. 5759,

betreffend die Beschränkung der Percentualberechnungen in der vergleichenden Zusammenstellung über einzelne wichtige Vorgänge in der Strafrechtspflege auf die erste Decimale.

---

[1] Verordnungsblatt für den Dienstbereich des k. k. Finanzministeriums, Nr. 6.

17.

Verordnung des Justizministeriums vom 28. März 1889, Z. 3461,

womit die Verordnungen v. 24. Mai 1886 (RGB. 81 u. 82, dann JMVdgbl. 25), betreffend die Auflassung der Indossierung gerichtlich deponierter Wertpapiere und Urkunden, erläutert werden.

Zur Behebung aufgetauchter Zweifel wird den Gerichten im Einvernehmen mit dem Finanzministerium und dem Obersten Rechnungshofe bedeutet, dass die mit den Vdg. v. 24. Mai 1886 (RGB. 81 u. 82, dann JMVdgbl. 25) verfügte Auflassung der Indossierung gerichtlich deponierter Wertpapiere und Urkunden mit der Erlags- und Erfolglassungsstampiglie sich auf sämmtliche Kategorien von Wertpapieren und Urkunden bezieht, hinsichtlich welcher gemäss den bezüglichen Depositenamtsinstructionen die Indossierungsvorschrift bestanden hat, so dass die Indossierung bei allen zur Deponierung gelangenden Papieren jeder Art und insbesondere auch bei den Einlagsbüchern der Sparcassen zu entfallen hat.

An die zur Besorgung der Depositengeschäfte berufenen Steuerämter hat das Finanzministerium die entsprechende Weisung erlassen.

18.

Verordnung des Justizministeriums vom 14. April 1889, Z. 6808,

betreffend die Einwirkung der Gerichte auf die Parteien wegen Veranlassung der in den §§ 3 bis 5 des Ges. v. 28. März 1889 (RGB. 32) vorgesehenen Abstempelung von Prämienschuldverschreibungen.

19.

Verordnung des Justizministeriums vom 11. April 1889, Z. 7282,

womit die Verordnung des Ministers für Cultus und Unterricht v. 25. Febr. 1889, Z. 26510 ex 1888, betreffend die Behandlung der verbotenen Druckschriften in den im § 8 der Amtsinstruction zum Vollzuge des Pressgesetzes bezeichneten Landesbibliotheken, nemlich in den Universitäts- und Studienbibliotheken, dann in der Bibliothek des Gymnasiums in Zara und des Gymnasialmuseums in Troppau, endlich in der ärarischen Abtheilung der öffentlichen Bibliothek in Triest bekanntgegeben wird.

In dem am 1. April 1889 ausgegebenen VII. Stücke des Verordnungsblattes für den Dienstbereich des Ministeriums fur Cultus und Unterricht ist unter Nr. 21 folgende Verordnung erschienen, welche hiemit bekanntgegeben wird.

Verordnung des Ministers für Cultus und Unterricht vom 25. Februar 1889, Z. 26510 ex 1888,

betreffend die Behandlung der verbotenen Druckschriften in den im § 8 der Amtsinstruction zum Vollzuge des Pressgesetzes bezeichneten Landesbibliotheken, nemlich in den Universitäts- und Studienbibliotheken, dann in der Bibliothek des Gymnasiums in Zara und des Gymnasialmuseums in Troppau, endlich in der ärarischen Abtheilung der öffentlichen Bibliothek in Triest.

Zur Regelung des Vorganges bei der Aufbewahrung und ausnahmsweisen Benützung verbotener Druckschriften in den öffentlichen Bibliotheken wird Nachstehendes angeordnet:

1. Als verbotene und daher dem allgemeinen Leserkreise entzogene Werke sind bei den im § 8 der Amtsinstruction zum Vollzuge des Pressgesetzes bezeichneten Landesbibliotheken, nemlich bei sämmtlichen Universitäts- und Studienbibliotheken, dann bei der Bibliothek des Gymnasiums in Zara und des Gymnasialmuseums in Troppau, endlich bei der ärarischen Abtheilung der öffentlichen

Bibliothek in Triest alle jene auf mechanischem oder chemischem Wege vervielfältigten Erzeugnisse der Literatur und Kunst zu behandeln, welche mit einem für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder giltigen amtlichen Verbote belegt sind, sonach insbesondere jene dem Verfall unterliegenden verbotenen oder zur Vernichtung bestimmten Druckschriften, welche diesen Bibliotheken nach Maassgabe der Verordnung des Justizministeriums v. 14. Dec. 1888, Z. 21137,[1] von der Staatsanwaltschaft zur Aufbewahrung übergeben werden.

2. Die verbotenen Druckschriften sind unbeschadet ihrer ordnungsmässigen Katalogisierung und Signierung vom Bibliotheksvorstande auf einer besonderen Etikette mit einer fortlaufenden Nummer zu versehen und unter dieser in ein besonderes Verzeichnis einzutragen, welches der Bibliotheksvorstand abgesondert zu verwahren hat.

Die betreffende Nummer ist bei jedem derartigen Werke auch in das Bibliotheksinventar und in alle anderen Bibliothekskataloge einzutragen, um hiedurch die Aufstellung dieses Werkes unter den verbotenen Büchern ersichtlich zu machen.

3. Die mit Verbot belegten Druckschriften sind aus dem allgemeinen Bücherbestande der Bibliothek auszuscheiden und formatweise geschieden in einem eigenen für sie bestimmten Raume aufzubewahren, welchen der Bibliotheksvorstand selbst unter stetem Verschluss zu halten hat.

4. Bezieht sich das Verbot nur auf einzelne Theile eines Werks, insbesondere auf einzelne Nummern oder Hefte einer periodisch erscheinenden Druckschrift, so sind die verbotenen und daher auszuscheidenden Theile mit einer gemeinschaftlichen Nummer zu bezeichnen und sowohl auf der Titelcopie des Werkes als auf der Innenseite des Vorderdeckels jenes Bandes, zu dem sie gehören, als „verboten“ anzumerken; diesem Vermerke ist auch die Nummer des Verzeichnisses beizusetzen.

Die einzelnen verbotenen Nummern oder Hefte, welche für sich keinen Band bilden, sind chronologisch geordnet in Mappen einzulegen, welche mit der betreffenden Nummer des Verzeichnisses zu bezeichnen sind.

5. Die Benützung einer verbotenen Druckschrift kann nur vom Bibliotheksvorstande selbst den ihm als unbedingt vertrauenswürdig bekannten Personen zu rein wissenschaftlichen Arbeiten und ausschliesslich in den Räumen der Bibliothek ausnahmsweise gestattet werden.

In jedem Falle der Benützung einer verbotenen Druckschrift hat der Entlehner seinen Namen und Stand, sowie den Titel der entlehnten Druckschrift und den Tag der Benützung eigenhändig in ein Protokoll einzutragen, in welchem der Bibliotheksvorstand die erfolgte unbeanständete Rückstellung der Druckschrift anzumerken hat.

6. Der Bibliotheksvorstand hat für die genaueste Einhaltung aller Vorsichten bezüglich der Aufbewahrung und Benützung verbotener Druckschriften zu sorgen und ist für jeden durch geringere Sorgfalt entstehenden Missbrauch persönlich verantwortlich.

7. Eine Versendung einer verbotenen Druckschrift findet nur dann statt, wenn eine Staatsbehörde die Entlehnung zum Amtsgebrauche ansucht.

8. Wird das über eine Druckschrift verhängte Verbot in der Folge aufgehoben, so ist dieselbe in dem Verzeichnisse zu löschen und in den allgemeinen Bücherstand der Bibliothek entsprechend einzufügen.

9. Durch die vorstehenden Bestimmungen treten die §§ 100 bis 108 der mit dem Studien-Hofcommissionsdecrete vom 23. Juli 1825, Z. 2930, kundgemachten provisorischen Amtsinstruction für die Universitäts- und Studienbibliotheken ausser Wirksamkeit.

---

[1] JMVdgbl. 1888, Nr. 50.

20.

Verordnung des Justizministeriums vom 14. April 1889, Z. 11977 ex 1888,

betreffend die Qualification der von den Gerichten zu bestellenden ständigen Sachverständigen aus dem Forstfache.

Der im Jahre 1887 abgehaltene österreichische Forstcongress hat die nachstehende Resolution, welche dem JM. zur Kenntnisnahme vorgelegt wurde, beschlossen:

„Zur Beurtheilung und allseits gerechten Regelung der Wirtschaftsverhältnisse im Walde gehört eine Summe forstlichen Wissens, die alle Lehren der Forsteinrichtung, Ertragsregelung und Waldwertberechnung nach ihrem heutigen Standpunkte umfasst: es ist also dringend nötig, dass jene Experten, deren sich die Justizbehörde zur Revision und Maassregelung der Fideicommissforste bedient, diesen Anforderungen voll entsprechen und demgemäss ihre Befähigung hiezu durch die vorgeschriebene Staatsprüfung und eine mehrjährige Praxis im Forstwirtschaftsbetriebe nachweisen.“

Von ähnlichen Voraussetzungen ausgehend, hat das k. k. Ackerbauministeriums schon unterm 5. Febr. 1883, Z. 17119, an die sämmtlichen politischen Landesbehörden den folgenden Erlass gerichtet:

„Anlässlich mehrfacher Unzukömmlichkeiten, welche durch Verwendung von nicht entsprechend befähigten Forstsachverständigen bei Localerhebungen und anderweitigen forstlichen Verhandlungen erwachsen sind, findet das Ackerbauministerium anzuordnen, dass fortan bei den aus der Handhabung des Forstgesetzes sich ergebenden Erhebungen und Verhandlungen nur solche Forstwirte als Sachverständige zur Beurtheilung forstlicher Fragen beigezogen werden dürfen, welche sich zu legitimieren vermögen, dass sie entweder die Staatsprüfung für Forstwirte nach der MVdg. v. 16. Jän. 1850 (RGB. 63) oder die forstliche Prüfung im ABM. nach der Vdg. des ABM. v. 13. Febr. 1875 (RGB. 9) mit gutem Erfolge abgelegt, oder aber vor der Erlassung der ersterwähnten Vdg. v. 16. Jän. 1850 eine der damals bestandenen forstlichen Lehranstalten mit gutem Erfolge absolviert haben und sich seither in fachlicher Verwendung befinden, oder schliesslich in die Kategorie jener Staatsbeamten gehören, welche durch § 14 dieser Vdg. von der Ablegung der Staatsprüfung enthoben wurden.

Hievon wollen die Unterbehörden mit dem Bemerken in Kenntnis gesetzt werden, dass eine Ausnahme in minder wichtigen Fällen nur dann zulässig ist, wenn die Zuziehung eines den obigen Erfordernissen entsprechenden vertrauenswürdigen Forstwirts ohne erhebliche Kosten nicht bewirkt werden könnte.“

Indem das JM. hievon die Präsidien der Gerichtshöfe erster Instanz mit Rücksicht auf die bei Bestellung von Sachverständigen aus anderen Berufskreisen beobachteten analogen Grundsätze in Kenntnis setzt, stellt es den Präsidien anheim, die Frage des principiellen Verhaltens bei den in Zukunft erfolgenden Bestellungen neuer ständiger Sachverständiger aus dem Forstfache zum Gegenstande von Plenarberatungen der Gerichtshöfe, welchen diese Bestellung gesetzlich vorbehalten ist, zu machen.

Schliesslich wird bemerkt, dass vom 1. Juli 1889 ab an Stelle der Vdg. v. 16. Jän. 1850 (RGB. 63) die Vdg. des ABM. v. 11. Febr. 1889 (RGB. 23) in Wirksamkeit treten wird, in welcher eine neue Vorschrift über die Staatsprüfungen für Forstwirte erlassen wurde.

21.

Verordnung des Justizministeriums vom 15. April 1889, Z. 7431.

betreffend die Vorlage der Justizvoranschläge für das Jahr 1890.

22.

Verordnung des Justizministeriums vom 25. April 1889, Z. 8246,

betreffend den Vorgang bei verspäteten Anmeldungen abstempelungspflichtiger Prämienschuldverschreibungen, welche in gerichtsdepositenämtlicher Verwahrung erliegen.

23.

Verordnung des Justizministeriums vom 3. Mai 1889, Z. 8303,

betreffend den Wechsel in der Person des Regierungscommissärs bei dem galizischen Bodencreditvereine in Lemberg und die Ernennung eines Stellvertreters des Regierungscommissärs.

24.

Verordnung des Justizministeriums vom 3. Mai 1889, Z. 8304,

betreffend den Wechsel in der Person des Regierungscommissärs bei der in Liquidation befindlichen k. k. priv. galizischen Rustical-Creditanstalt in Lemberg.

Miscellen.

(Das Reichsgesetzblatt) enthält in Stück V, ausgegeben am 16. Februar 1889, unter Nummer 22 die Kundmachung des Ministeriums des Innern vom 6. Februar 1889, betreffend die mit der königlich griechischen Regierung über die gegenseitige Zulassung von Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien ausgetauschten Erklärungen, wonach die Actiengesellschaften und Commanditgesellschaften auf Actien, insbesondere die Handels- und Industriegesellschaften, welche in dem Gebiete des einen Theils den dortigen Gesetzen gemäss bestehen oder errichtet werden, in dem Gebiete des andern Theils gegen Beobachtung der daselbst geltenden einschlägigen Gesetze und Verordnungen gegenseitig in der Weise anerkannt werden, dass sie alle ihre Rechte daselbst ausüben und vor Gericht als Kläger oder Geklagter erscheinen können; in Stück VI, ausgegeben am 20. Februar 1889, unter Nummer 23 die am 1. Juli 1889 in Kraft tretende Verordnung des Ackerbauministers vom 11. Februar 1889, betreffend die Staatsprüfungen für Forstwirte, sowie für das Forstschutz- und technische Hilfspersonal. Abschnitt I § 4 dieser Verordnung bestimmt, dass Personen, welche wegen eines Verbrechens oder wegen der Uebertretung des Diebstahls oder der Veruntreuung, der Theilnahme an denselben oder des Betruges oder wegen der im § 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1881 (RGB. 47) oder im § 1 des Gesetzes vom 25. Mai 1883 (RGB. 78) angeführten Vergehen, bez. Uebertretungen verurtheilt worden sind, während der im Gesetze vom 15. November 1867 (RGB. 131) festgesetzten Zeitdauer zur Staatsprüfung für Forstwirte nicht zugelassen werden. Dieselbe Bestimmung ist im Abschnitte II § 30 dieser Verordnung bezüglich der Staatsprüfung für den Forstschutz- und technischen Hilfsdienst getroffen; in Stück VIII, ausgegeben am 15 März 1889 unter Nummer 29 den Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 11. August 1887 mit Zanzibar, dessen Artikel 2 bestimmt, dass Seine Hoheit der Sultan von Zanzibar das Recht haben wird, in Oesterreich-Ungarn Consuln zu ernennen, welche die gleichen Rechte, Immunitäten und Privilegien geniessen werden, wie jene der meistbegünstigten Nation; in Stück IX, ausgegeben am 19. März 1889, unter

Nummer 30 das Gesetz vom 9. März 1889, betreffend Gebürenerleichterungen der Convertierung von Geldschuldforderungen, und unter Nummer 31 die Verordnung der Minister der Justiz und der Finanzen vom 17. März 1889 zur Durchführung des Gesetzes vom 9. März 1889, betreffend Gebürenerleichterungen bei Convertierung von Geldschuldforderungen; in Stück X, ausgegeben am 29. März 1889, unter Nr. 32 das Ges. v. 28. März 1889, betreffend die Schuldverschreibungen mit Prämien, ferner die Ankündigung und Anempfehlung verbotener Lose und Lotterien, und unter Nr. 33 die Vdg. des FM. v. 28. März 1889 zur Vollziehung des Ges. v. 28. März 1889 (RGB. 32); in Stück XI, ausgegeben am 30. März 1889, unter Nr. 35 die Vdg. des JM. v. 14. März 1889, womit das Ges. v. 1. April 1873 (RGB. 43), betreffend die Vollziehung von Freiheitstrafen in Einzelhaft, im Zellengefängnisse des Landesgerichtes in Troppau vom 14. April 1889 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, und unter Nr. 36 das Ges. v. 29. März 1889, betreffend die Forterhebung der Steuern und Abgaben, dann die Bestreitung des Staatsaufwandes während der Monate April und Mai 1889; in Stück XII, ausgegeben am 31. März 1889, unter Nr. 37 die Verordnung der Ministerien des Innern, der Justiz, des Ackerbaues und des Handels v. 29. März 1889, betreffend Maassregeln zur Hintanhaltung der Verschleppung der Maul- und Klauenseuche der Schweine aus Galizien nach anderen Ländern; in Stück XV, ausgegeben am 13. April 1889, unter Nr. 41 das Ges. v. 11. April 1889, betreffend die Einführung eines neuen Wehrgesetzes: in Stück XVII, ausgegeben am 16. April 1889, unter Nr. 44 die Verordnung der Ministerien der Justiz und der Finanzen im Einvernehmen mit dem Obersten Rechnungshofe vom 13. April 1889, betreffend die Durchführung der in den §§ 3 bis 5 des Ges. vom 28. März 1889 (RGB. 32) vorgesehenen Abstempelung von Prämienschuldverschreibungen, welche in gerichtsdepositenamtlicher Verwahrung erliegen; in Stück XVIII, ausgegeben am 17. April 1889, unter Nr. 45 die Verordnung des Ministeriums für Landesvertheidigung vom 15. April 1889, zur Durchführung des Ges. v. 11. April 1889 (RGB. 41) betreffend die Einführung eines neuen Wehrgesetzes; in Stück XIX, ausgegeben am 17. April 1889, unter Nr. 46 die Verordnung des Ministers für Cultus und Unterricht vom 12. April 1889, betreffend die den Studierenden an Hochschulen, welche den Präsenzdienst als Einjährig-Freiwillige ableisten, zu gewährenden Begünstigungen; in Stück XX, ausgegeben am 17. April 1889, unter Nr. 47 die Verordnung des Ministers des Innern im Einvernehmen mit dem Justizminister vom 10. April 1889, womit nähere Bestimmungen über die Schiedsgerichte der Unfallversicherungsanstalten getroffen werden; in Stück XXIII, ausgegeben am 20. April 1889, unter Nr. 52 das Ges. v. 1. April 1889, betreffend die Einführung besonderer Erbtheilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Grösse. Dieses Gesetz tritt nach § 17 in den einzelnen Ländern gleichzeitig mit denjenigen gesetzlichen Anordnungen in Wirksamkeit, welche über den Gegenstand desselben von der Landesgesetzgebung für die betreffenden Länder oder einzelne Theile derselben auf Grundlage dieses Gesetzes oder auf Grundlage bereits bestehender Bestimmungen erlassen werden; in Stück XXV, ausgegeben am 30. April 1889, unter Nummer 56 die Verordnung des Justizministeriums vom 19. April 1889, betreffend die Errichtung des Bezirksgerichts Žižkov im Sprengel des Landesgerichts Prag für die Gemeinde Hrdlorez, Maleschitz und Zizkow mit Wolschan, und unter Nummer 60 die Verordnung des Finanzministeriums vom 29. April 1889, betreffend die Nachsicht der Fristversäumung bezüglich der Abstemplung von Schuldverschreibungen; in Stück XXVII, ausgegeben am 9. Mai 1889, unter Nummer 64 das Gesetz vom 28. April 1889, betreffend die Errichtung und den Betrieb öffentlicher Lagerhäuser und die von denselben ausgestellten Lagerscheine; in Stück XVX, ausgegeben am 23. Mai 1889, unter Nr. 72 das Finanzgesetz für das Jahr 1889 vom 20. Mai 1889.

(Ein für das Militärrichteramt Geprüfter ist ein für das Richteramt geprüfter Rechtsverständiger im Sinne des § 39 StPO.) Der k. k. Hauptmannauditor in der Reserve A hat unter Berufung auf die von ihm laut Decret des Militärappellationsgerichts in Wien vom 18. August 1860 abgelegte Auditoriatsprüfung um Aufnahme in die Vertheidigerliste angesucht. Das Oberlandesgericht hat diesem Ansuchen keine Folge gegeben, weil die

erlangte Befähigung zur Verwaltung des Militärrichteramts nicht jener zur Ausübung des Richteramts bei den Civilgerichten gleichgestellt werden kann und weil im Sinne des § 39 StPO. nur die letztere zum Ansuchen wegen Aufnahme in die Vertheidigerliste berechtigt, daher es an der erforderlichen Nachweisung jener Bedingungen fehlt, welche hiefür gesetzlich vorgeschrieben sind. Das Justizministerium hat auf Beschwerde mit Entscheidung vom 2. Februar 1889, Z. 884, dem Ansuchen um Eintragung in die Vertheidigerliste aus nachstehenden Gründen Folge gegeben: Nach § 39 StPO. können in die Vertheidigerliste auf ihr Ansuchen die für das Richteramt, d. i. für die Ausübung des Richteramts bei jenen Gerichten, bei welchen die Strafprocessordnung anzuwenden ist, geprüften Rechtsverständigen aufgenommen werden. Zu dieser Classe von Personen zählt der Beschwerdeführer, weil er die Militärrichteramtsprüfung im Jahre 1860 abgelegt hat und weil nach dem Hofdecrete vom 16. Juli 1808 (Note zu dem Hofdecrete vom 29. Mai 1838, JGS. 273) jene Auditore, welche sich um eine Civiljustizanstellung in Strafsachen („um ein Criminalamt“) bewerben, von einer Wiederholung der Richteramtsprüfung vor den Civilbehörden enthoben sind.

(Den als Privatanklägern vor Gericht erscheinenden Gendarmen gebürt eine Vergütung der Reisekosten nicht.) Einem OLG.Präsidium wurde über dessen Antrag vom JM. im Einvernehmen mit dem Ministerium für Landesvertheidigung die Ermächtigung ertheilt, die unterstehenden Gerichte dahin zu belehren, dass der JME. v. 2. Juni 1854, Z. 8756, welcher anlässlich eines speciellen Falles und nur an das OLG. in Graz ergangen ist, und welcher zur Zeit der Wirksamkeit der provisorischen StPO. v. 17. Jän. 1850 (RGB. 25) in Conformität mit § 10 der auf Grund dieser StPO. ergangenen JMVdg. v. 17. Aug. 1850 (RGB. 332) aussprach, dass den Gendarmen, insoferne sie bei den nur auf Verlangen des Beschädigten oder Beleidigten zu untersuchenden und zu bestrafenden Vergehen als Privatankläger auftreten oder nach Maassgabe der Vdg. v. 27. Oct. 1853 (RGB. 228) als Vertreter des Privatanklägers einschreiten, zwar kein Anspruch auf eine Zeugengebür, wohl aber auf die im § 10 der Vdg. v. 17. Aug. 1850 (RGB. 332) für diesen Fall festgesetzte Vergütung der Reisekosten gebüre, bei der jetzt in Wirksamkeit stehenden StPO. v. 23. Mai 1873 (RGB. 119), welche im § 383, Abs. 3, die Bestimmung enthält, dass der Privatankläger auf Zeugengebüren keinen Anspruch hat, mit Wegfall der gesetzlichen Grundlage seine Geltung verloren hat.

Fragen und Antworten.

5. Umfang des Bagatellverfahrens.

Ist über eine Exscindierungsklage, wenn der Wert des auszuscheidenden Gegenstands 50 fl. nicht übersteigt und das Petit sich auf die Ausscheidung beschränkt, bagatellrechtlich zu verhandeln? Wie steht der OGH. zu dieser Frage?

Turka, 30. März 1889. Dr. W. K.

Nach der klaren Bestimmung des § 1 des Gesetzes vom 27. April 1873 (RGB. 66) sind Rechtsstreitigkeiten über andere Gegenstände als Geldsummen nur dann für das Bagatellverfahren geeignet, wenn der Klageanspruch zu einem alternativen Begehren auf Zuerkennung einer Geldsumme sich eignet und diese in einem 50 fl. nicht übersteigenden Betrage gefordert wird, oder wenn der Kläger sich ausdrücklich zur Annahme einer solchen Geldsumme als Abfindung erbietet. Daraus folgt, dass über Exscindierungsklagen, in welchen nicht ein Alternativbegehren auf Zahlung einer Geldsumme von nicht über 50 fl. gestellt ist, das Bagatellverfahren nicht eingeleitet werden kann. Eine Entscheidung des OGH. über diese Frage findet sich weder in den bisherigen Bänden dieser Zeitschrift, noch in der Sammlung von G.-U.-W.

6. Wirkung des Versprechens, kein Gasthaus in einem bestimmten Orte zu besuchen.

A, ein wohlhabender Mann aus der Umgebung des Orts X, war dem Gastwirte B in X 100 fl. schuldig. Dieser sah es ungern, dass A sein Gasthaus besuchte, weil man im Orte darüber munkelte, dass A der Gattin des B den Hof mache; — aber ebenso unangenehm war es ihm, wenn A andere Gasthäuser in X besuchte, weil ihm seine zahlreichen Freunde und Bekannte stets dahin zu folgen pflegten. B machte deshalb dem A den Antrag, er wolle ihm die schuldigen 100 fl. erlassen, wenn A sich verpflichte, kein Gasthaus in X zu besuchen, im Uebertretungsfalle aber an B den dreifachen Betrag jener Schuld zu zahlen. A nahm diesen Antrag an und es wurde hierauf ein förmlicher Vertrag obigen Inhalts zwischen beiden schriftlich abgeschlossen. A brach seine Zusage und wurde nun von B auf Zahlung von 300 fl. verklagt. Frage: ist dieser Anspruch des B gegründet, oder kann B nur seine ursprüngliche Forderung von 100 fl. geltend machen?

Dr. D. S.

Das Versprechen, kein Gasthaus zu besuchen, hat keinen vermögensrechtlichen Inhalt. Mag auch dasselbe ein Interesse des B befriedigen, so ist doch dieses Interesse kein pecuniäres, die Leistung des A kein Gegenstand des Verkehrs. Nun wollen wohl Manche auch Verträge über Leistungen ohne Vermögenswert als rechtswirksam anerkennen, so namentlich Windscheid Pand. II § 251 Note 3, Jhering in seinen Jahrbüchern XVIII S. 43, Regelsberger in Endemann's Handb. II S. 472, Hasenöhrl OblR. I S. 22 fg. Die herrschende Lehre aber, neuerlich verfochten von Dernburg Pand. II § 17, hält daran fest, dass nur eine Leistung von Vermögenswert Gegenstand eines rechtswirksamen Vertrags sein kann. Diese Anschauung scheint uns, auch vom Standpunkte des österreichischen Rechts, die allein richtige zu sein. Es ist den Einzelnen unbenommen, einander was immer für Zusagen zu machen; ich kann einem Andern versprechen, ihn zu besuchen, mit ihm einen Ausflug zu machen, bei der Wahl ihm meine Stimme zu geben, ihn in ein bekanntes Haus einzuführen u. s. w. Solche Zusagen aber stehen nur unter dem Schutz der Sitte und der Moral. Das Recht hat mit Verpflichtungen dieser Art nichts zu schaffen. Das Recht schützt nur die Person und die Habe der Einzelnen und regelt blos die Verhältnisse aus dem Familien- und dem Verkehrsleben, aus dem connubium und dem commercium. Einen Zwang zur Erfüllung von Zusagen über Leistungen, welche jenseits des Familien- und des Verkehrslebens liegen, ist der Staat weder berufen noch verpflichtet zu gewähren. Das bGb. kennt denn auch nur Verträge über das, „was im Verkehr steht" (§ 878). Leistungen wie die obenerwähnten sind aber sicherlich kein Gegenstand des Verkehrs und können folglich auch nicht Gegenstand eines rechtlich geschützten Vertrags sein. Kann hiernach der Vertrag zwischen A und B als ein rechtsverbindlicher nicht angesehen werden, so fehlt auch dem Klageanspruch des B die Rechtsgrundlage. Im Uebrigen vgl. auch Wendt Pand. § 186, Laband im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 171 fg. und Hartmann ibid. S. 370.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Zur Lehre von dem Feststellungsanspruch (der Präjudicialklage).*

Von Prof. Dr. Adolf Wach.

Der Rechtsschutzanspruch ist das Recht auf civilprocessualischen Schutz, auf den Rechtspflegeact, welcher das Ziel des Processes bildet. Er richtet sich an den Staat, welcher den Schutz gewähren soll; er richtet sich gegen den Gegner, dem gegenüber derselbe zu gewähren ist. Er ist publicistischer Natur; er ist nicht der Ausfluss oder Ausdruck des subjectiven Privatrechts. Er ist aber auch nicht jene publicistische Klagebefugnis, die einem jeden offen steht, welcher in den Formen Rechtens behauptet, einen Anspruch auf Rechtsschutz zu haben. Er ist dem civilen Recht gegenüber selbstständig in seinen Voraussetzungen, geknüpft an concrete ausserprocessuale Thatbestände, selbständig in den subjectiven Beziehungen, in seinem Inhalt, in seiner Befriedigung. Er ist der unmittelbare Gegenstand des Civilprocesses. Diese Sätze sollen im Folgenden begründet werden.

1. Der Rechtsschutzanspruch oder — wie wir auch zu eng sagen — das Klagerecht ist nicht das subjective Privatrecht, geschweige denn der civilistische Anspruch. Auf diesen Gedanken mündete der Schluss des ersten Stücks dieser Abhandlung aus. Aber er bedarf stärkeren Beweises, denn er tritt der Ueberlieferung direct entgegen. Lehrt doch neuestens wieder einer der angesehensten Civilisten: „Das Klagerecht ist — nicht etwas Selbständiges, ausser dem Recht Stehendes. Es wohnt dem Recht inne. Das Klagerecht bildet eine Eigenschaft des Rechts, aber das Recht geht nicht in ihm auf. Es giebt ihm die

---

* In der Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für B. Windscheid zum 22. December 1888 findet sich eine Abhandlung von Adolf Wach, die (im Verlage von Duncker & Humblot in Leipzig, 1889) auch in einer Sonderausgabe erschienen ist unter dem Titel: „Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch.“ Der gelehrte Verfasser behandelt hier den Gegenstand mit wahrhaft bewundernswerter Gründlichkeit und mit einer Eleganz, wie sie nur in den besten classischen Schriften zu finden ist. Wir glauben, den Lesern einen wirklichen Genuss zu bereiten, indem wir ihnen hier den zweiten Abschnitt der Monographie vorlegen, der die Ueberschrift trägt: „Der Feststellungsanspruch ein Rechtsschutzanspruch,“ und fügen nur noch bei, dass der erste Abschnitt die Theorien über die Natur des Feststellungsanspruchs bespricht, während der dritte, der vierte und der fünfte von der Feststellungsklage und der Verurtheilungsklage, dem Gegenstand der Feststellung und dem Feststellungsinteresse handeln. Die Redaction.

Gewähr, es ist das Mittel, welches seine zwangsweise Verwirklichung vorbereitet".[1] Aber gleichzeitig versichert uns derselbe Schriftsteller, dass das Klagerecht keineswegs das zu schützende Recht notwendig voraussetze, sondern im Gegensatz dazu auch durch „rechtliches Interesse" begründet werde. Wie kann also zu seiner Wesenhaftigkeit gehören, eine Eigenschaft des Rechts zu sein? Und weiter erfahren wir, dass das Klagerecht nicht schon mit dem zu schützenden Recht gegeben sei, sondern dass zu diesem noch ein Weiteres hinzutreten müsse, um jenes zur Entstehung zu bringen: nemlich „das Bedürfnis eines Schutzes durch richterliches Urtheil". Aber wie kann etwas die Eigenschaft eines Dinges oder ihm immanent sein und doch noch nicht mit dessen Existenz Bestand haben? Und endlich soll, wie wir hörten, das Klagerecht das „Mittel" sein, welches dem Recht Gewähr giebt, und zwar ein Mittel, welches ihm erst im Bedürfnisfalle dienstbar wird: und doch soll dieses Mittel der Rechtsgewähr zugleich Eigenschaft des Rechts sein, also dieses sich durch sich selbst bewähren, während es in sich selbst noch nicht das erforderliche Mittel hat.

Sicherlich würden solche und ähnliche Definitionen des Klagerechts sich nicht so lange behauptet haben, wenn es nicht üblich gewesen wäre, bei dieser Frage nur die sog. Leistungsklage, die Verfolgung des befriedigungsbedürftigen civilen Anspruchs in den Mittelpunkt der Beobachtung zu stellen. Bei ihr scheint es in der That, als wenn das Recht das Klagerecht ganz in sich trüge, zumal man sich berechtigt glaubte, die processualische Seite ausser Betracht zu lassen, zu ignorieren, dass die Klage sich auf den Staatsact richtet. Denn der befriedigungsbedürftige Anspruch ist als solcher auch der Regel nach der schutzbedürftige. Und doch bieten sich schon hier Erscheinungen dar, welche hätten stutzig machen müssen. Das Rechtsschutzsystem stellt für den befriedigungsbedürftigen Anspruch verschiedene Schutzmittel auf: zur Entscheidung, zur Vollstreckung und zur Sicherung. Die Entscheidung kann gesucht werden auf dem Wege des ordentlichen oder eines summarischen Verfahrens (des Urkunden- und Wechselprocesses), die Vollstreckung nur auf Grund eines Vollstreckungstitels, die Sicherung im Falle des Arrestgrundes oder eines Grundes für einstweilige Verfügung. Von jenem bekämpften, in der gemeinrechtlichen Theorie ausgebildeten Klagerechtsbegriff aus versuchte ein so scharfer Denker wie Briegleb folgerichtig das ius paratae executionis in das Actionenrecht einzureihen;[2] er meinte, dass im Ordinarium und im

---

[1] Dernburg Pandekten, Bd. I § 127. Vgl. v. Wächter Pandekten, hrsg. durch O. v. Wächter, Bd. I, Leipzig 1880, § 98: „Klagrecht ist daher nicht ein besonderes Recht für sich, sondern nur ein Theil des Inhalts, ein Bestandtheil desjenigen Rechts, zu dessen Schutz die Klage dient. Ein Klagerecht lässt sich daher nicht denken ohne ein Recht, das durch die Klage geltend gemacht werden soll, und welches die Grundlage bildet, von der die Klage ein Ausfluss ist."

[2] In seiner Einleitung in die Theorie der summarischen Processe, Leipzig 1859, S. 344 ff.

Summarium ein aliud ius, „ein Anspruch von anderer rechtlicher Bedeutung“ verfolgt werde; denn allerdings ist hier verschiedenes Klagerecht — darüber kann kein Zweifel sein. Ist also das Klagerecht „Eigenschaft“ des materiellen Rechts, des Anspruchs, dann ist hier verschieden geeigenschafteter privatrechtlicher Anspruch. Ich glaubte schon im Jahre 1868 widersprechen zu sollen,[3] jetzt habe ich die Freude, diesen Widerspruch auf breiter wissenschaftlicher Basis durch Stein in seiner Monographie über den Urkundenprocess ausgeführt zu sehen. Urkundenklage und ordentliche Klage bedeuten Verschiedenheit des Rechtsschutzes und damit der Schutzwehr, nicht Verschiedenartigkeit des zu schützenden Rechts. Das hat man denn auch für die processuale Wechselstrenge lange erkannt; sie ist nicht Inhalt oder Eigenschaft der Wechselobligation, sondern besondere dem Berechtigten gewährte Rechtsschutzform. Daher beurtheilt sie sich, wie das ius paratae executionis überhaupt nicht nach der lex rei, sondern nach der lex fori.

Fast deutlicher noch tritt die Selbständigkeit des Rechtsschutzanspruchs heraus im Vollstreckungs- und Arrestanspruch. Man wird nicht bestreiten können, dass der vollstreckbare Darlehensanspruch nicht anders geeigenschaftet ist, als der noch nicht vollstreckbare. Die Vollstreckbarkeit ist nichts ihm an und für sich zukommendes. Er ist das präsente Recht auf das Dare von certa pecunia oder certa quantitas rerum fungibilium auf Grund des Darlehens und modificiert sich in keinem Stück, wann er vollstreckbar wird, weil etwa die Contrahenten das pactum executivum des § 702 Nr. 5 CPO. eingiengen, oder weil das richterliche Urtheil ihm die vorläufige Vollstreckbarkeit beilegte. In ersterem Fall stehen dem Berechtigten die Formen des ordentlichen Processes, des Urkundenprocesses und des Vollstreckungsverfahrens offen. Diese Schutzrechte sind nicht dem Darlehensanspruch immanent, sind nicht sein Ausfluss, sondern sind ihm durch das Processrecht dienstbar gemachte Nebenrechte. Wenn es fürderhin der Executivclausel des § 702 Nr. 5 die Vollstreckbarkeit versagen sollte, wird dadurch in das erworbene Civilrecht nicht eingegriffen und doch sofort allen bestehenden derartigen Urkunden die Eigenschaft als Vollstreckungstitel entzogen.[4]

Das Arrestrecht giebt dem gefährdeten Gläubiger den Anspruch auf staatlichen Sicherungsact. Ich glaubte seinerzeit darin ein accessorisches Cautionsrecht sehen zu müssen, unerachtet meiner damaligen bereits berührten Polemik gegen Briegleb.[5] Ich hatte den Begriff des Rechtsschutzanspruchs noch nicht erfasst. Allseitig ist man, soviel ich sehe, heute darüber einig, dass hier nur ein processualisches Sicherungsrecht gewährt wird, ein Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz in Form des Arrests. Man hat klar unterschieden zwischen dem materiellen Recht auf Sicherheitsleistung

[3] Der italienische Arrestprocess, Leipzig 1868, S. 168 Anm. 4.

[4] Vgl. mein Handbuch Bd. I S. 123, 212.

[5] Das habe ich in der oben, Note 3 angeführten Schrift nachzuweisen gesucht.

bei bedingten Ansprüchen und der im Gefährdefalle entstehenden Arrestberechtigung. Die letztere ist dem bedingten Anspruch an sich versagt, kann also nur eintreten, wenn ihm das materielle Cautionsrecht zukommt, zum Schutze des letzteren. Daher hat man weiter keinen Anstand genommen, den Arrestextrahenten der Anfechtungsklage nach der Concursordnung § 23 Nr. 2 bei an sich ausreichend gewesenem Arrestgrund zu unterwerfen. Er hatte im Sinne dieses Gesetzes Sicherung nicht „zu beanspruchen“; denn das Gesetz denkt nur an den materiellen Anspruch. Der Arrestanspruch ist kein dem materiellen Recht immanentes, noch ihm beigesellte accessorisches Klagerecht im Sinne des civilen Nebenrechts, sondern ein ihm dienender Rechtsschutzanspruch publicistischer Natur.

Aber kehren wir zum einfachen Entscheidungsanspruch, dem Klagerecht, welches die Civilisten, die diesen Gegenstand besprechen, gewöhnlich nur im Auge haben, und zwar zum Anspruch auf rechtskräftige Verurtheilung im Gegensatz zur „Feststellung“ zurück, so muss selbst bei ihm die Vermischung von civilem Recht, materiellem Anspruch und Klagerecht bei näherem Zusehem auffallend genug erscheinen. Das Axiom, von dem wir in dem heutigen Rechtszustande auszugehen haben, ist der Satz: alles, was das Civilrecht, die gesetzliche Ordnung des Gemeinschaftslebens der einzelnen untereinander will, das muss, weil das Gesetz es will und wie das Gesetz es will, durchsetzbar sein. Die subjectiven Rechte müssen sich ihrem Inhalt und der ihnen zugedachten Kraft nach bewähren können. Habe ich das Recht, fordern zu dürfen, so muss diese Forderung erzwingbar sein; habe ich nur das Recht, im gegebenen Fall zu behalten, aufzurechnen, so genügt es, wenn ich zur Abwehr des gegnerischen Angriffs stark gemacht werde. Dazu soll uns unsere Rechtsschutzordnung verhelfen. Was wir Klagbarkeit, Erzwingbarkeit nennen, ist nur der Ausdruck für die Bejahung des unverkümmerten, des bewährungsfähigen Rechts auf ein bestimmtes Verhalten, eine Leistung des Verbundenen, und giebt keinen Aufschluss über Maass und Art der Bewährung, des Zwangs. Der Erkenntnis dieser einfachen Wahrheit hat niemand mehr gedient als Windscheid. Er hat dem Begriff des Anspruchs gegen die für unser Recht unverwendbare actio den Platz erobert. Die actio nata wich dem fälligen Anspruch, die Klagverjährung der Anspruchsverjährung. Windscheid hat den ersten und entscheidenden Schritt gethan, um unseren Begriff des subjectiven Privatrechts zu reinigen von dem actionenrechtlichen processualen Element. An der Stelle, wo er den Gegensatz von actio und Anspruch bespricht, sagt er: „Man darf nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch; in dem Begriffe actio wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriffe Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat.“ Und weiter: „Was wir Rechts-

anspruch nennen, ist den Römern Gerichtsanspruch.“ Wir alle wissen, dass diese Auffassungsweise der Römer mit dem Entwicklungsgange ihres Rechts in foro zusammenhängt. Wir wissen, dass sie für unser Recht nicht passt. Wir haben ein System der Rechte, nicht der Actionen, und daneben haben wir ein durch unsere Rechtspflegeordnung bestimmtes System der Schutzrechte. Wenn wir nichtsdestoweniger in unseren systematischen Darstellungen des Pandektenrechts noch eine Masse specifisch actionenrechtlichen Stoffs fortführen, so übt darin das römische Recht auf uns seinen traditionellen Bann. Aus ihm haben wir die Gewöhnung, das Recht noch immer in der Kampfesstellung, in der Rüstung der Schutzform zu denken. Das neueste Pandektenwerk ist dafür ein sprechender Beleg; wir finden in ihm die verschiedenen processualischen Schutzformen als privatrechtliche Materie behandelt: die Feststellungsklagen, den Arrest, die einstweiligen Verfügungen, die summaria cognitio.[6] Diese Systematik würde es gestatten, den ganzen Process im Privatrecht aufgehen zu lassen. Mit solcher fest gewordenen Gewöhnung zu brechen ist umso schwieriger, als eine gewisse Berechtigung, im Civilrecht auch der processualischen Bewährung zu gedenken, nicht zu bestreiten ist. Immerhin sind die Schutzrechte Nebenrechte im Dienste und zu Nutzen des civilen Rechts. Aber durchaus frei machen müssen wir uns von der Vorstellung, sie seien sein Inhalt, Bestandtheil, eine seiner Seiten, seine Function. Zur Begründung noch folgendes.

Wollten wir zugeben, dass die Bewährungskraft, die Erzwingbarkeit Eigenschaft des Rechts sei, so müsste doch gesagt werden, dass Erzwingbarkeit nicht Klagbarkeit ist. Es giebt klagbare Rechte, die nicht im vulgären Sinne erzwingbar sind und erzwingbare, denen die Klagbarkeit oder doch zeitweise die Klagbarkeit in der Form des ordentlichen Processes fehlt. Letzteres, wenn die Parteien durch Schiedsvertrag die Verfolgung auf dem Rechtswege ausgeschlossen haben, oder wenn die Eröffnung des Concurses über das Vermögen des Gemeinschuldners den Gläubigern den Weg des Sonderprocesses verschliesst. Und was hat die Feststellungsklage mit der Erzwingbarkeit zu thun? Das sog. naturale, für gewöhnlich als klaglos bezeichnete Recht, ist solches heutzutage nicht mehr. Es kann der Gegenstand der positiven oder negativen Feststellungsklage sein. Und wie kann die Klage den Inhalt z. B. des persönlichen Anspruchs bilden, wenn dieselbe nicht nur zwischen den Subjecten des obligatorischen Rechtsverhältnisses, sondern gegen Dritte gegeben wird? Und doch geschieht das. Die Obligation geniesst Rechtsschutz in Form der Feststellungsklage gegen Dritte, wenn deren Rechtsprätension das rechtliche Feststellungsinteresse begründete; sie geniesst ihn in der Form der Hauptintervention (CPO. § 61), in der Form der gegen den pfändenden Gläubiger gerichteten Vollstreckungsintervention (CPO. § 690), in der Form der Aussonderungsklage im Concurse. Indem das Processgesetz in

[6] Wendt Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.

allen diesen Fällen der Forderung Rechtsschutzwege eröffnet, welche früher zum Theil unbekannt waren, hat es ihren Inhalt, die Bestandtheile der Obligation schlechthin unberührt gelassen, oder man müsste annehmen, es sei derselben eine Art dinglichen Charakters beigelegt. Ich verweile einen Augenblick bei den beiden letzterwähnten Fällen. Die Widerspruchsklage oder Aussonderungsklage des Deponenten oder Commodanten kann aus dem Wesen und Inhalt ihrer Rechte an und für sich nicht abgeleitet werden. Denn würde der Schuldner die hinterlegte oder geliehene Sache veräussert oder verpfändet haben, so stände dem Deponenten oder Commodanten als solchem gegen den Erwerber oder Pfandnehmer keine Klage zu. Aber das Processrecht eröffnet sie ihm in dem eigenartigen Rechtsschutzmittel des Widerspruchs gegen die Special- oder Generalexecution, indem es nicht will, dass die staatliche Zwangsgewalt Mithilfe leiste bei einem widerrechtlichen Act. Denn berechtigt ist nur die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, und als ein zur Entziehung der Sache aus der Execution, insbesondere dem Pfandnexus, durch sein rechtliches Interesse hinlänglich legitimierter Dritter erscheint der Deponent oder Commodant jedenfalls. Daher soll er sich hemmend (§ 696 Abs. 3, § 688 Abs. 1) in die Vollstreckung mischen können und des eigenartigen Rechtsschutzes der Interventionsklage theilhaftig werden.[7]

Vollends unmöglich und unbegreiflich ist die Theorie von der Immanenz des Klagerechts im subjectiven Privatrecht, wenn Klagerechte unabhängig von subjectiven, durch sie zu schützenden Privatrechten bestehen. Dass sie bestehen, kann angesichts der negativen Feststellungsklage heute von niemand mehr bestritten werden.

2. Der Rechtsschutzanspruch ist ein relativ selbständiges, der Aufrechterhaltung der concreten Privatrechtsordnung dienendes und daher secundäres Recht und selbständig in seinen Voraussetzungen.

Die Selbständigkeit seiner Voraussetzungen bedarf kaum noch des Beweises Die Voraussetzungen der Feststellungsklage werden unten näher untersucht werden. Nur einige allgemeine Bemerkungen mögen hier Platz finden. Voraussetzung jedes Rechtsschutzanspruchs ist das berechtigte Rechtsschutzinteresse, das vom Gesetz anerkannte Bedürfnis nach Schutz in der Form bestimmten Rechtspflegeacts. Der durch unsere Rechtspflegeordnung anerkannte zweifache Schutzzweck: Bewährung vorhandenen und Abwehr angemaassten Rechts scheidet den positiven und negativen Schutzanspruch. Mit diesem wird kein eigenes Recht verfolgt; seine Form ist die negative Feststellungsklage. Dagegen fusst der positive Schutzanspruch stets auf eigenem Rechte, findet also in ihm die eine seiner Voraus-

[7] Mit dieser Ausführung ist nichts darüber entschieden, ob nach Maassgabe des § 231 dem Deponenten oder Commodanten, oder bei Forderungspfändung dem durch sie bedrohten wahren Gläubiger nicht auch der Rechtsschutz in selbständiger Feststellungsklage zusteht. Vgl. dazu das Urtheil des VI. CS. des Reichsgerichts vom 10. März 1887 in Seuffert, Bd. XLII Nr. 187.

setzungen. Die andere liegt im Schutzinteresse. Dieses ist beim befriedigungsbedürftigen Recht mit dieser Befriedigungsbedürftigkeit, welche gleichbedeutend ist mit der Anspruchsexistenz (dem unbedingten, unbetagten Anspruch) gegeben. Der gegenwärtige rechtswidrige Zustand muss aufgehoben und in den rechtmässigen gewandelt werden können. Das geschieht durch die Vollstreckung. Aber Anspruchsbestand ist nicht Vollstreckungstitel. Demnach muss der besondere das Vollstreckungsrecht begründende Thatbestand (Vollstreckungstitel) hinzutreten, um den specifischen Vollstreckungsanspruch zu begründen. Der Hauptfall ist das rechtskräftige Urtheil; daher schafft Befriedigungsbedürftigkeit zugleich den Urtheilsanspruch. Aber letzterer ist nicht nur um des Vollstreckungstitels willen, also nicht von nur mittelbarem Wert, andernfalls würde die Verurtheilung nicht gefordert werden können, wenn man bereits im Besitze eines Vollstreckungstitels z. B. nach § 702 Nr. 5 ist, und der Process sein Ende finden mit dem Gewinn des vorläufig vollstreckbaren Urtheils. Das berechtigte Entscheidungsbedürfnis und der Entscheidungsanspruch bestehen neben dem Vollstreckungsanspruch; sie haben die von ihm unabhängige Tendenz der unantastbaren Rechtsfeststellung. Die Rechtsgewissheit ist von selbständigem Wert. Auch der, welcher Vollstreckung hat oder haben kann, darf fordern, sie unwiderruflich, rechtskräftig zu haben. Daher begründet der befriedigungsbedürftige Anspruch auch dann das Recht auf unerschütterliche (rechtskräftige) Bejahung (Verurtheilung), wenn der Beklagte ihn nicht bestreitet oder unbefriedigt lässt, und deshalb genügt sein Anerkenntnis im Processe nicht, um die Verurtheilung abzuwenden; denn wir kennen keine Rechtskraftswirkung des Anerkenntnisses. Andererseits kann — wie sich von selbst versteht — von einem Verurtheilungsanspruch dann nicht die Rede sein, wenn die Klage bereits die Rechtskraft für sich hat (exceptio rei iudicatae), oder das befriedigungsbedürftige Recht aufgehört hat, ein solches zu sein, mit andern Worten, wenn es erfüllt ist.

Die Selbständigkeit des Anspruchs auf rechtskräftige dem Kläger günstige Entscheidung ist zum vollen Durchbruch gelangt mit der ungeschmälerten Anerkennung der Feststellungsklage. Das später zu erörternde Feststellungsinteresse giebt Entscheidungsanspruch, welcher, weil eben Anspruch auf rechtskräftige Feststellung, durch das Anerkenntnis im Process ebensowenig abgewendet werden kann, wie der Verurtheilungsanspruch. Beim positiven Feststellungsanspruch tritt neben das Feststellungsinteresse die Rechtsexistenz als zweite selbständige Voraussetzung des Entscheidungsanspruchs, während wiederum beim befriedigungsbedürftigen Rechte der eigenartige Anspruch auf Verurtheilung unter Einschränkung der Cognition auf sofort und in bestimmter Weise beweisbare Rechtsbehelfe (Urkunden-Wechselprocess) ebenfalls seine selbständigen Voraussetzungen hat.[8] Und dass sich der Arrestanspruch

[8] Hierzu sind zu vergleichen die Ausführungen Stein's a. a. O. S. 95—138. Sie überheben mich des weiteren Beweises.

auf besonderes Schutzinteresse gründet, brauche ich hier nicht weiter auszuführen.

Die Voraussetzungen des Schutzanspruchs gehören der Sachverhandlung und Sachentscheidung im Processe an, wie jener selbst den eigentlichen Gegenstand desselben bildet. Ob der geforderte Rechtsschutz zu gewähren sei, ob er, die Wirklichkeit des zu schützenden Rechts vorausgesetzt, diesem zukomme, ist nicht Frage der Zulässigkeit des Processes, sondern die Frage des Processes.[9] Ein prägnantes Zeugnis der auf diesem Gebiete herrschenden Unklarheit ist die vielfach vertheidigte gegentheilige Behauptung. Sie ist mit Vorliebe für die Feststellungsklage aufgestellt worden. Man erklärt das Feststellungsinteresse für eine Processvoraussetzung, eine Klagvoraussetzung, von welcher die Zulässigkeit der Klage abhängt.[10] Und wer den Feststellungsanspruch auffasst als Recht auf Einlassung, ihn also an die Pforte des Processes stellt und von seiner Bejahung abhängig macht, dass sie sich dem Kläger öffne, der hat damit ebenfalls dem Feststellungsinteresse die Beziehung auf den Klaggegenstand entzogen.[11] So steht das Reichsgericht in den unten [11a] angeführten Entscheidungen. Es verweist das Feststellungsinteresse in das „Vorverfahren, welches die Zulässigkeit der Klage zum Gegenstande" habe und trennt von ihm das „Hauptverfahren, welches die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses befasse".

Die Frage ist von cardinaler Natur. An ihr muss sich die Richtigkeit der einen oder anderen Anschauung bewähren. Ist in der That der Streitgegenstand des Feststellungsprocesses, also der Gegenstand der Sachverhandlung und Sachentscheidung, lediglich das festzustellende Rechtsverhältnis oder wohl gar der materielle Anspruch, und doch ein materieller, auf dem Feststellungsinteresse ruhender Feststellungsanspruch überhaupt nicht vorhanden, so kann es ja nicht anders sein: es muss das Feststellungsinteresse Voraussetzung des Processes (iudicium), der Zulässigkeit der Klage sein. Dass es solche nicht ist, kann unwiderleglich bewiesen werden.[12]

Die Feststellungsklage ist zulässig, wenn — von anderen processualen Erfordernissen (Processvoraussetzungen) abgesehen —

[9] Vgl. Stein a. a. O., besonders S. 65 ff. 68 ff.

[10] Seuffert Civilprocessordnung für das deutsche Reich (4. Aufl.), Nördlingen 1888 S 286. M. E. hätte er von seiner gereinigteren Auffassung des Klagerechts aus zum richtigen Schlusse kommen müssen. Vgl. mein Handbuch I S. 23 Anm.

[11] Rocholl (Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Bd. II. Breslau 1885 S. 101 ff.) ist in dieser Lage, aber er ist nicht consequent; er behandelt doch das Feststellungsinteresse als Bestandtheil des Klaggrunds.

[11a] E. d. III. C S. 13. April 1883 Bd. IX. S. 337 f., bes. S. 340; V. C S. 25. Jänner 1888 in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. XXXII S. 1178: „Die Zulasung der Klage und damit die Verpflichtung des Beklagten, sich auf die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses einzulassen" u. s. w.; auch abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1888 S. 110.

[12] Und wird denn auch von vielen Seiten angenommen; so von Kohler, Weismann, Franke u. a. m.

in einer dem § 231 der CPO. entsprechenden Weise behauptet wird. Dann ist giltige, rechtswirksame, den Process begründende Klage da. Der Beklagte verhandelt zur Hauptsache, lässt sich ein, wenn er die Abweisung des Feststellungsantrags fordert, weil das Feststellungsinteresse mangelt. Es treten damit alle Wirkungen der Einlassung ein Der Kläger kann nicht mehr die Klage einseitig zurücknehmen, die prorogatio fori hat sich vollzogen, die verzichtbaren, processhindernden Einreden sind verloren. — Der Beklagte muss sich auf die in angegebener Weise tadellos behauptete Klage einlassen. Ohne Vorprüfung der Wirklichkeit des Feststellungsinteresses ergeht gegen ihn das Versäumnisurtheil. Es wird der Klagantrag verneint, d. h. in der Sache absolutorisch entschieden, nicht die Entscheidung über den Klagantrag abgelehnt, wenn das Feststellungsinteresse verneint wird. Denn der Klagantrag ist Rechtsschutzbegehren. Er lautet als positiver Feststellungsantrag auf „Feststellung, dass ein Rechtsverhältnis bestehe“; er wird verneint ebenso sehr durch Nichtfeststellung, wie durch Feststellung, dass das Rechtsverhältnis nicht bestehe; gleicherweise wird der Antrag auf Verurtheilung zu einer Leistung verneint durch Verneinung der Leistungspflicht, wie durch Nichtverurtheilung ohne Entscheidung über die Leistungspflicht: vorausgesetzt, dass hier wie dort das Nichtverurtheilen, bez. Nichtfeststellen die Verneinung des Schutzbedürfnisses ist. Das ist angesichts der Leistungsklage beispielsweise der Fall, wenn der Beklagte sich auf die exceptio rei secundum actorem iudicatae oder auf einen Schiedsvertrag beruft. Logisch correct wird die Frage des Schutzbedürfnisses vor der materiellen Rechtsfrage gestellt. Wenn jenes fehlt, darf über diese nicht entschieden werden.[13] Das heisst aber nicht: der Process über diese ist nur „zulässig“, wenn Schutzbedürfnis vorliegt. Denn Process über materielles klägerisches Recht ist immer nur Process über behauptetes schutzbedürftiges und schutzberechtigtes Recht; andernfalls wäre das, was sich Process nennt, nur freiwillige Gerichtsbarkeit. Daher entscheidet über den Processgegenstand, wer in seiner Entscheidung entweder das berechtigte Schutzbedürfnis oder das zu schützende Recht verneint. Aber jenes soll er vor diesem prüfen. Daher darf, wenn bei erhobener Leistungsklage sich ergibt, dass das klägerische Recht zwar besteht, aber nicht als fälliges besteht, die Feststellung desselben in dieser Beschränkung nicht erfolgen, denn es fehlt das Schutzinteresse. Der Anspruch wird abgewiesen, ohne dass rechtskräftig über das betagte oder bedingte Recht als solches entschieden wird.[14]

---

[13] Rocholl a. a. O. S. 141 billigt, dass die Feststellung ausgesprochen werde, „sobald bei der ersten Verhandlung sich das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses selbst als unrichtig ergiebt“. Die Interessenfrage dürfe übergangen werden. Sonach würde die Feststellung erreichen der Kläger, welcher ein Feststellungsinteresse nicht hat.

[14] Er darf nicht „zur Zeit“ mit der Wirkung solcher rechtskräftigen Feststellung abgewiesen werden.



3. Der Rechtsschutzanspruch ist publicistischer Natur, gerichtet einerseits gegen den Staat, anderseits gegen den Gegner. Jener soll den Rechtsschutz, die Rechtspflegehandlung gewähren, dieser sie dulden.

Im Rechtsschutzanspruch ist die Brücke geschlagen vom Privatrecht zum Process. In ihm empfängt jenes seine publicistische Kräftigung. In ihm setzt der Staat sich selbst als Garantie und Schutzwehr des Privatrechts. Wir haben gesehen: diesem tritt zur Seite das Recht auf Verurtheilung, auf Feststellung, auf Vollstreckung, auf Sicherheitsmaassregel. Wer anders kann der zur Gewähr Verpflichtete sein, als der Staat, von dem allein der Rechtsschutz ausgeht? Ihn ruft der Kläger an mit seinem Antrag, und was er fordert, ist nicht Gnade, nicht Willküract, sondern sein Recht. Es ist sein Recht, dass der Beklagte ihm verurtheilt, gegen ihn Zwangsmaassregel verhängt werde u. dgl. Aber, wendet man ein, es gibt keinen Anspruch gegen den Staat auf Grund der Processordnung. Ich selbst habe mir früher diesen Einwand gemacht und ihn nicht zu entkräften vermocht. Neuestens haben ihn andere erhoben.

Man hält mir entgegen: „Die Einrichtung der Gerichtsbarkeit beruht auf der Thätigkeit des Staats. Sie ist geordnet durch Normen des öffentlichen Rechts. Diese Normen gebieten dem Staat und dem Richter, unter bestimmten, keineswegs das Dasein privatrechtlicher Ansprüche in sich schliessenden Voraussetzungen und in bestimmten Formen den staatlichen Rechtsschutz zu gewähren. Indem diese Normen befolgt werden, tritt der Rechtsschutz in die Erscheinung, ohne dass es auf das Vorhandensein von Ansprüchen irgendwie ankommen kann.“[15] Aber wenn die Normen dem Staat gebieten und offenbar zu Gunsten und im Interesse des Schutzbedüftigen gebieten, unter bestimmten Voraussetzungen „den staatlichen Rechtsschutz zu gewähren,“ weshalb soll dann nicht von einer selbstgesetzten Schutzverpflichtung des Staats und demnach von einem Schutzanspruch gegen ihn gesprochen werden dürfen? Ja, müssen wir nicht unter diesen Umständen den Begriff aufnehmen? — Von anderer Seite wird das energischer und grundsätzlicher bekämpft. „Die Parteien,“ sagt Kohler,[16] „haben ebensowenig einen Anspruch gegen das Gericht, als die Bürger überhaupt gegen den Staat auf Vollziehung der Staatsthätigkeit, auf Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben; wenn man hier von Anspruch reden will, so darf man es nicht im juristischen Sinne thun, — schliesslich müsste man noch von einem Anspruch auf polizeilichen Schutz, auf frische Luft, auf Reparatur der Stadtmauern, auf Vertilgung der Reblaus handeln.“ „Wenn der Staat Recht spricht, so

---

[15] Fischer in seiner Recension meines Handbuchs in der Zeitschrift für deutschen Civilprocess Bd. X S. 428 ff. Seinen Ausführungen im einzelnen nachzugehen, ist nicht erforderlich. Die gegenwärtige Abhandlung ist die Antwort auf sie. Vgl. gegen ihn auch Stein a. a. O. S. 45 ff.

[16] Der Process als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888 S. 13.

erfüllt er die vernünftige Aufgabe der Menschheit, ebenso, wie wenn er straft, oder wie wenn der Vater sein Kind züchtigt, oder die Gemeinde für gute Zufahrtsstrassen sorgt."

Es sei ferne von mir, das freie Athmen, die Anwartschaft auf polizeilichen Schutz u. dgl. als subjectives Recht zu denken. Ich selbst habe mich so entschieden als möglich gegen so abwegige Vorstellungen erklärt. Aber ist damit das Anrecht auf die Rechtsschutzhandlung auf gleiche Stufe zu stellen? Wer freilich glaubt, alles und jedes öffentliche Recht des Einzelnen gegenüber dem Staate leugnen zu dürfen, der ist auch hier schnell mit der Antwort fertig. Aber der Schriftsteller wenigstens, von dem die letztcitierten Worte herrühren, sollte so nicht denken. Er giebt uns folgende Definition von Anspruch: „die präsente Befugnis, von einem andern eine Thätigkeit oder das Ablassen von einer Thätigkeit zu begehren."[17] Ist nun etwa solche Befugnis nicht vorhanden, wenn man kraft des Vollstreckungstitels den Vollstreckungsact, kraft der CPO. § 796 die Anordnung des Arrests, kraft des Feststellungsinteresses die Feststellung fordern darf? Kommt diese Forderung nicht als eigenstes Recht dem Interessenten zu? — Auch widerlegt sich Kohler selber, wenn er sagt, man dürfe sich gegen ihn nicht auf das öffentliche Wahlrecht und „Aehnliches" beziehen, denn bei der Zulassung der Wahl handle es sich nicht um das Staatsinteresse (mindestens nicht in erster Reihe), sondern um die Mitwirkung der Einzelnen an der Staatsregierung.[18] Anderes beiseite, möchte ich fragen, ob es sich denn in erster Linie um das Staatsinteresse handelt, wenn Hinz oder Kunz ihre Habseligkeiten einklagen? Erschöpft sich das allgemeine Interesse hier nicht eben darin, dass den Rechtsschutzinteressenten das Anrecht auf die Staatshilfe eingeräumt wird? Indem der Staat sie eröffnet, legt er sich die Selbstbeschränkung, die Pflicht auf, welche er als Träger der Rechtsordnung und Feind der gewaltthätigen Selbsthilfe, und zwar den Privatrechtsinteressenten gegenüber, auf sich nehmen muss. Um der Vernunftmässigkeit seines Wollens und Handelns willen bleibt ihm hier keine Wahl. Daher sprechen wir von schnöder Rechtsverweigerung, wenn dem Kläger der Rechtsweg verschlossen wird. Sein Recht ist der durch die Rechtsordnung zugesicherte Rechtsschutz; ohne ihn ist alles Privatrecht leerer Rauch und Schall. Das springt besonders deutlich in die Augen dort, wo das private Recht in dem richterlichen Urtheil seine unmittelbare Befriedigung empfängt,[19] oder wohl gar ausschliesslich in dieser Form befriedigt und verwirklicht werden kann, wie das bei der Scheidung oder Ungiltigkeitserklärung der Ehe der Fall ist.

Damit hat das Pflichtenverhältnis des Richters zum Staate nichts zu thun. Es ist specifisch staatsrechtlicher Natur und ruht

[17] In seiner Abhandlung in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. XIV (1887) S. 9 ff.

[18] Process als Rechtsverhältnis, S. 13 ff. Anm. **.

[19] Vgl. solche Fälle in meinem Handbuch, Bd. I S. 12.



auf der Anstellung. Der Partei tritt der Richter lediglich als Organ des Staats gegenüber. Wenn hier also überhaupt Pflichten zu erfüllen sind, so sind es solche des Staats gegenüber der Partei.[20] Dass sie des Zwangsapparats entbehren, liegt in der Natur der Sache. Der Staat kann nicht gezwungen werden: hier bedarf es auch des Zwangs nicht, denn der Staat ist das lebendige Recht.[21] In den verfassungsmässigen Sätzen über die Unabhängigkeit der Rechtspflege, den Ausschluss der Cabinetsjustiz liegen die heiligen Garantien für die Erfüllung seiner Rechtsschutzpflichten. Immerhin spricht die Reichsverfassung Art. 77 deutlich: „Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt und auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hilfe nicht erlangt werden kann, so liegt dem Bundesrate ob, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des betreffenden Bundesstaates zu beurtheilende Beschwerden über verweigerte oder gehemmte Rechtspflege anzunehmen und darauf die gerichtliche Hilfe bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlass gegeben hat, zu bewirken."

Freilich ist in neuester Zeit das subjective Recht gegen den Staat gerade um deswillen geleugnet worden, weil, wie ich oben bildlich sagte, er das lebendige Recht ist oder doch sein soll. Schuppe führt in seinem verdienstvollen Werke über das subjective Recht[22] — ich lasse ihn selbst reden — aus: „Der Staat mit seinen Organen ist das verkörperte, in concreto sich geltend machende objective Recht, und somit kann, dass dieses jenen verpflichte, nur heissen, dass es sich selbst verpflichte, d. h. dass es wolle, dass es selbst zu Gunsten des und des, wenn dieser es wolle, etwas leiste, z. B. das Aussprechen des Zahlungsbefehls, eventuell das Anwenden des Zwangsverfahrens. Dass das objective Recht verpflichtet sei, kann aber nur heissen, dass es wolle, dass es etwas thue, gleichviel ob es auch dasselbe wolle oder nicht, und das ist Unsinn." — Allerdings, das ist barer Unsinn. Auch ist meines Wissens noch Niemand auf den widersinnigen Gedanken verfallen, dass ein subjectives Recht gegenüber dem objectiven als verpflichtetem Subject bestehe. Und doch spricht man allgemein von subjectiven Rechten gegen den Staat. Also wird doch wohl Schuppe's Prämisse seiner deductio ad absurdum irrig sein. Er meint, was ich oben als Bild brauchte, als nackte Wirklichkeit: der Staat ist das objective Recht. Gewiss ist es in ihm und als Gesetzesrecht durch ihn, gewiss soll er sich seiner Idee nach mit ihm nie in Widerspruch befinden. Aber wer wird behaupten, dass das Recht der Staat sei? Wäre dem so, dann gäbe es subjective

[20] Die Syndicatsklage gehört nicht hieher, wie ich bereits in meiner Abhandlung „Defensionspflicht und Klagerecht" in Grünhuts Zeitschrift für das Priat- und öffentliche Recht. Bd. VI 1879 S. 555 bemerkte, und Fischer a. a. O. S. 429, Kohler a. a. O. S. 14 hervorheben.

[21] Von Kohler, welcher reactionsunfähige Ansprüche anerkennt — vgl. die oben Note 17 angeführte Abhandlung S. 14 ff. — befürchte ich in dieser Beziehung keine Einwendung.

[22] Der Begriff des subjectiven Rechts, Breslau 1887 S. 84 ff.

Rechte des Staats, Rechte, deren Subject das objective Recht ist, ebensowenig, wie Rechte gegenüber dem Staat, und zwar gleichermaassen auf civilistischem, wie auf publicistischem Gebiet. — Es giebt subjective publicistische Rechte gegenüber dem Staat in reicher Fülle, und zu ihnen gehören die Rechtsschutzansprüche.[23]

Das Recht auf die dem Berechtigten günstige Rechtsschutzhandlung besteht aber nicht nur gegenüber dem Staat, sondern zugleich gegenüber dem Gegner. Dieser hat sie zu dulden. Mit seiner civilistischen Verpflichtung hat das nur insofern etwas zu thun, als wo es sich um deren Schutz und Verwirklichung handelt, er durch Befriedigung das Schutzinteresse beseitigen kann. Dass aber das subjective Schutzrecht nicht ohne Beziehung auf Denjenigen sein kann, gegen welchen man Schutz sucht, liegt nicht nur unleugbar im Begriff und Zweck, sondern tritt auch klar hervor in den Voraussetzungen, Entstehungsgründen, in den einzelnen Erscheinungsformen der Schutzhandlung.

Denken wir uns die Schutzmaassregel nicht als wilde, regellose, ausserhalb geordneter Zustände waltende Eigenmacht, aber doch kraft Gesetzes in die Hand der Partei gelegt. Wer wird zweifeln, dass sie ein Recht der Partei gegenüber der Partei ist? War nicht die legis actio per manus injectionem, per pignoris capionem solches Recht? Ist es nicht ein Recht der Partei gegen die Partei, wenn heute der Gläubiger nach CPO. § 744 gegen den Schuldner durch das ihm unweigerlich dienstbare Organ des Gerichtsvollziehers die Forderungssperre, den Arrest verhängen darf? Und ist es denn wesentlich anders, wenn er auf Grund irgend eines Titels durch den Gerichtsvollzieher vollstrecken lässt?

Die Parteien bringen vertragsmässig das Schutzrecht zur Entstehung, z. B. im Falle des § 702 Nr. 5 als Vollstreckungsanspruch. Sie beseitigen es durch ihren Schiedsvertrag. Und es sollte nicht zwischen ihnen bestehen? Nur dadurch, dass wir die Richtung desselben nach beiden Seiten, der des Gerichts und des Gegners erfassen, wird der Process in seinem organischen Zusammenhang begriffen.[24]

Der Rechtsanspruch ist ein Anspruch nach Maassgabe des Processrechts. Nicht ist er formaler Natur in dem Sinn des specifisch processualen Rechts, welches an die Parteistellung als solche geknüpft ist. Er ist, wie dargethan, die Folge des ausserprocessualen Thatbestands und hat zum Inhalt nicht das Recht auf Verhandlung und Urtheil, sondern auf dem Berechtigten günstige Rechtsschutzhandlung. Weil aber processualisch, untersteht er der lex fori. Die Grundsätze über die Herrschaft des Processrechts in Zeit und Raum sind für ihn maassgebend. Das habe ich ausführlich an anderer Stelle nachgewiesen.[25] Die angeblichen

---

[23] Wer in der römischen actio solche eingeschlossen findet, steht auf dem Standpunkt ihrer grundsätzlichen Bejahung.

[24] Auf diesen Punkt kann ich hier nicht weiter eingehen. Andeutungen finden sich in meinem Handbuch I § 4. Die Beweise wird der zweite Band liefern.

[25] Mein Handbuch des Civilprocesses Bd. 1 S. 123 ff. 212 ff. 220 ff.



Consequenzen, welche Kohler aus dem Rechtsschutzanspruch ziehen will, um ihn zu widerlegen, nemlich seine Dauer als erworbenes Recht trotz Wechsel des Gesetzes,[26] darf ich demnach wohl in ihrer Folgerichtigkeit bestreiten. Gerade wenn das sog. Klagerecht eine Eigenschaft des materiellen Rechts wäre, müsste sie unter die Kategorie der erworbenen Rechte zählen und den Wechsel des Gesetzes überdauern. Aber sie thut es nicht. Wie § 231 der CPO. sofort auf alle vorhandenen Rechtsverhältnisse, auch die bis dahin völlig klaglosen Anwendung fand, so würde sein Fortfall sofort den Feststellungsanspruch völlig vernichten.

Weil der Rechtsschutzanspruch processual, so giebt es keine Verjährung desselben nach civilistischen Grundsätzen. Dieser Begriff ist auf ihn schlechthin unanwendbar. Es giebt nur eine Verjährung des schutzbedürftigen Anspruchs, sein Erlöschen durch Zeitablauf. Mit Recht hat daher der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs davon Abstand genommen, Verjährungsbestimmungen für die Feststellungsklage aufzustellen. Die Motive[27] sagen: „Feststellungsklagen sind der Verjährung nicht unterworfen. Es geht dies schon daraus hervor, dass es bei ihnen an einem Anspruche im Sinne des Entwurfs fehlt. Aber auch abgesehen hievon, wäre eine Verjährung dieser Klagen nicht am Platze. Die zeitliche Beschränkung der processualen Befugnis, Feststellung zu verlangen, würde mit dem Zwecke des Instituts selbst in Widerspruch treten, welches die Möglichkeit gewähren will, zweifelhafte oder dem Streite ausgesetzte Verhältnisse jederzeit, so lange dieselben bestehen, der richterlichen Entscheidung zu unterstellen, sofern nur ein rechtliches Interesse hiefür dargelegt werden kann.“ Gewiss, denn der Rechtsschutzanspruch ist lediglich secundärer Natur. Ihn untergehen lassen durch Nichtgebrauch, während das Recht vollkräftig fortbestehen bliebe, wäre ein Widerspruch in sich selbst.

---

[26] Process als Rechtsverhältnis, S. 16.
[27] Motive, Bd. I S. 295.

Ueber die Straflosigkeit wahrheitsgetreuer Parlamentsberichte.*

Der Verfasser des citierten Artikels versucht es, eine Beschränkung der im § 28 des Pressgesetzes gewährleisteten Straflosigkeit wahrheitsgetreuer Parlamentsberichte zu vertheidigen, welche dem klaren Wortlaute und der offenbaren Absicht dieser Gesetzesstelle zuwiderlauft.

§ 28 Abs. 4 des Pressgesetzes lautet: „Dagegen kann für wahrheitsgetreue Mittheilungen öffentlicher Verhandlungen des Reichsrathes und der Landtage Niemand zur Verantwortung gezogen werden."

Wahrheitsgetreue Parlamentsberichte sind sonach straflos, auch wenn ihr Inhalt den Thatbestand eines Verbrechens, Vergehens oder einer Uebertretung in sich schliessen sollte und unterliegt die Veröffentlichung derselben weder einer subjectiven noch einer objectiven Ahndung nach § 483 StPO. (E. 20. Juli 1882, Z. 452.)

Trotz diesem klaren Wortlaute des Gesetzes behauptet der Verfasser des citierten Aufsatzes, dass die Mittheilung von Parlamentsberichten dennoch nach § 24 Pressges. strafbar sei, wenn der Bericht die Wiedergabe einer confiscierten Druckschrift enthält.

Es ist nicht abzusehen, weshalb die subjective und objective Immunität der Parlamentsberichte in Bezug auf ein einziges Vergehen, dasjenige nach § 24 Pressges. einer Beschränkung unterliegen sollte. Es ist nicht abzusehen, weshalb die Vorschrift des § 24 Pressges. einen grösseren Schutz vor dem Missbrauche der Immunität geniessen sollte, als sämmtliche Vorschriften des Strafgesetzbuchs und der übrigen Strafgesetze! Wenn wahrheitsgetreue Parlamentsberichte auch dann straflos sind, wenn ihre Verbreitung an und für sich das Verbrechen des Hochverrats, der Störung der öffentlichen Ruhe u. s. w. involvieren würde, so wäre es doch eine unerklärliche Inconsequenz, diese Immunität in dem einzigen Falle auszuschliessen, wenn diese Verbreitung an und für sich das im Verhältnisse viel minder gefährliche Vergehen des § 24 Pressges. involviert.

Es ist ja ganz richtig, wenn im citierten Aufsatze ausgeführt wird, dass die Weiterverbreitung einer confiscierten Druckschrift gemäss § 24 Pressges. ein eigenes formelles Vergehen (sog. eigentliches Pressdelict) bildet und dass der Thatbestand dieses Vergehens davon unabhängig ist, ob der Inhalt des confiscierten Artikels an sich strafbar sei oder nicht. Es genügt die Thatsache einer vorher erfolgten Beschlagnahme. Aber dieses formelle Vergehen eben unterliegt der Immunität des § 28 Pressges. ganz so, wie alle anderen Delicte. Heisst es ja doch im § 28 Pressges., dass „wegen

* Siehe den Aufsatz oben S. 284.

der Mittheilung" der Parlamentsberichte Niemand zur Verantwortung gezogen werden darf, nicht blos wegen des Inhalts derselben. Die Mittheilung, Veröffentlichung ist straflos, auch wenn sie an und für sich das Vergehen des § 24 Pressges. begründen würde.

Für diese Auslegung spricht aber auch der offenbare Zweck des Gesetzes. Dieser ist: die Wahrung des constitutionellen Rechts der Wähler, wahrheitsgetreu alles zu vernehmen, was die Abgeordneten in den Vertretungskörpern gesprochen haben.

Dieser Grundsatz ist eine notwendige Ergänzung der §§ 16 Abs. 2 u. 23 des Staatsgrundgesetzes über die Reichsvertretung vom 21. December 1867 (RGB. 141), welche bestimmen: „Die Mitglieder des Reichsrats können wegen der in Ausübung ihres Berufs gemachten Aeusserungen nur von dem Hause, dem sie angehören, zur Verantwortung gezogen werden;" und: „Die Sitzungen beider Häuser des Reichsrats sind öffentlich."

Das Wesen des Parlaments und dessen verfassungsmässige Rechte und Pflichten im Verhältnisse zur Regierung erfordern es, dass Reichsratsmitglieder wegen der im Hause gemachten Aeusserungen nicht von Regierungsorganen zur Verantwortung gezogen werden dürfen und dass die Verhandlungen des Reichsrats öffentlich seien. Nun ist es aber nur ein Gebot der Consequenz, dass diese Immunität öffentlicher Reichsratsverhandlungen auch auf die Parlamentsberichte erstreckt werde. Dies geschah im § 28 Pressges.

Es ist nun dadurch freilich ermöglicht, dass unter dem Schutze dieser Immunität Artikel veröffentlicht werden, deren Verbreitung an sich das Vergehen des § 24 Pressges. begründet, sowie Artikel, deren Veröffentlichung möglicherweise an sich das Verbrechen des Hochverrats, der Majestätsbeleidigung u. s. w. begründet. Dieser Missbrauch ist eben blos eine notwendige Folge des in der Immunität gelegenen Privilegs und kann nur durch die Geschäftsordnung des Hauses gehemmt werden.

Wenn nun aber aus obigem erhellt, dass auch eine Umgehung der Vorschriften der §§ 58, 63, 65 u. s. w. StG. in Gemässheit des § 28 Pressges. straflos ist, so ist es klar, dass dieses auch in Bezug auf eine Umgehung der Vorschrift des § 24 Pressges. gelten muss, deren Gefährlichkeit doch gewiss viel geringer ist. Parlamentsberichte geniessen eben nach § 28 Pressges. einer unbeschränkten Immunität.

Was nun die rechtspolitischen Gesichtspunkte anbelangt, welche der Verfasser des citierten Aufsatzes ins Feld führt, so will mir scheinen, dass für die oben ausgeführte Anschauung vor allem der Grundsatz streitet, dass an den Rechten und Grundlagen des Parlamentarismus nicht gebröckelt und gedeutelt werden darf. Es bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, dass der unantastbare Bestand dieser constitutionellen Grundsätze ein viel grösseres und wichtigeres Staatsinteresse ausmacht, als dasjenige ist, den § 24 Pressges. vor Umgehung zu schützen.

Dr. Ignaz Schlesinger.

Literarische Notizen.[1]

Das Deutsche Frachtrecht mit besonderer Berücksichtigung des Eisenbahnfrachtrechts. Ein Commentar zum Titel 5 Buch 4 des Deutschen Handelsgesetzbuchs und zu dem Deutschen, Oesterreichisch-Ungarischen und Vereins-Eisenbahn-Betriebsreglement. Bearbeitet mit Benützung der Acten der königl. Preussischen Ministerien für Handel etc., der öffentl. Arbeiten und des königl. Preussischen Justizministeriums, sowie der Protokolle des Vereins Deutscher Eisenbahnverwaltungen von Dr. jur. Georg Eger, Regierungsrat etc. 1., 2. und 3. Halbband. Zweite vermehrte Auflage. Berlin. Carl Heymann's Verlag. 1888. 1889.

Schon bei seinem ersten Erscheinen hat der dreibändige Commentar Eger's allgemein den lebhaftesten Beifall gefunden. Das Frachtrecht ist eine der in der Praxis am häufigsten angewendeten und darum controversenreichsten Rechtspartien, eine zusammenhängende, in's einzelne eingehende Darstellung desselben, daher für die Praxis wie für die Wissenschaft von grossem Wert. Eger hat diese Aufgabe in überaus gelungener Weise gelöst. Mit seltenem Fleiss hat er vorerst das gesammte einschlägige Material aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten, aus den Archiven der Ministerien und der Eisenbahnverwaltungen, aus Literatur und Praxis zusammengetragen und sorgfältig geordnet, und sohin mit Benützung desselben einen Commentar bearbeitet, welcher die in den Rechtssätzen zum Ausdruck gelangten Gedanken in streng wissenschaftlicher Weise nach allen Richtungen entwickelt, die allgemeinen Principien des Gesetzes mit durchdringender Klarheit darlegt und sich in die einzelnen in der Praxis aufgetauchten Fragen gleich liebevoll wie in die wichtigsten an den Gegenstand sich knüpfenden Probleme vertieft. Einen Commentar von dieser Ausführlichkeit, der die Materie so vollständig erschöpft, hat die deutsche Literatur nicht aufzuweisen. Die vorliegende neue Auflage ist nicht blos eine vermehrte, sie kann füglich auch als eine verbesserte bezeichnet werden. Der Verfasser hat sich nicht begnügt, die Literatur und die Rechtsprechung der Zwischenzeit zu berücksichtigen; er hat auch an seiner Arbeit, wo es notthat, sorgfältig gefeilt und gebessert, manche Breiten auf das entsprechende Maass zurückgeführt, dafür neues hinzugefügt und so den wissenschaftlichen Wert des Werks wie dessen praktische Brauchbarkeit nicht unwesentlich erhöht. Wir werden auf dieses treffliche Werk, von dem noch beiläufig die Hälfte aussteht, nach dessen Vollendung noch in einem ausführlichen Referat zurückkommen, können aber dasselbe schon in dem vorliegenden, bis zu Art. 405 Hgb. reichenden Theile den Lesern nur auf das angelegentlichste empfehlen.

Handausgabe der Civilprocessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes für das Deutsche Reich auf der Grundlage ihres Commentars nebst einem Anhang, enthaltend die Kostengesetze, bearbeitet von Dr. G. v. Wilmowski und M. Levy, Rechtsanwälte beim Kammergericht zu Berlin. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin. 1889. Franz Vahlen.

Jedermann kennt heute den bereits fünfmal aufgelegten Wilmowski-Levyschen Commentar, der, von theoretisch gebildeten Praktikern auf solider wissenschaftlicher Grundlage mit feinem Verständnis für die Bedürfnisse der Praxis

---

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

bearbeitet, in gleichem Maasse der Wissenschaft wie der Praxis zu statten kommt und für die letztere geradezu von richtunggebender Bedeutung ist. Von diesem zweibändigen Commentar stellt die vorliegende Handausgabe der Civilprocessordnung gleichsam einen Auszug dar. Aus derselben sind nach dem Programme der Verfasser alle Erörterungen ferngehalten, ebenso Nachweise der Materialien und Literatur; dagegen sind die bisherigen Ergebnisse der Theorie und Praxis unter Andeutung der Controversen sowie die Judicatur des Reichsgerichts in möglichster Vollständigkeit verwertet. Der Zweck ist schnelle Orientierung sowohl im Gesetzestext als in dem für die Praxis wichtigen commentatorischen Stoffe. In knappen, aber bündigen und erschöpfenden Sätzen ist das gesammte Material, welches die Gesetzgebung, die Literatur und die Praxis bietet, zusammengefasst und in einer Weise dargestellt, dass die Orientierung in der That ungemein erleichtert und ein klarer Ueberblick über das Ganze ermöglicht wird. Die vorliegende zweite Auflage ist dem Umfange nach gegen die erste erheblich gewachsen. Die Verfasser sind den Fortschritten, welche inzwischen Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis gemacht haben, treu gefolgt und haben alles benützt, was für die Praxis verwertbar ist. Und so kann die neue Handausgabe, welche selbstredend weder den grossen Commentar ersetzen, noch eine wissenschaftliche Durchdringung des Processrechts entbehrlich machen will, als ein treffliches Hilfswerk für die Praxis wärmstens empfohlen werden.

Zur Revision des Handelsgesetzbuchs. Von Dr. jur. J. Riesser, Director der Bank für Handel und Industrie und Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin. Zweite (Schluss-) Abtheilung. Stuttgart. Ferdinand Enke. 1889.

Die erste in dieser Zeitschrift Bd. VI S. 26 ff. besprochene Abtheilung des in der Ueberschrift bezeichneten Werks beschäftigte sich mit den im Handelsgesetzbuch bereits geregelten Rechtsinstituten, welche nach dem Beschluss des Bundesrats einer Umarbeitung unterzogen werden sollen. Die gegenwärtige Abtheilung behandelt die Rechtsinstitute, welche einer Neucodification bedürfen, insbesondere das Binnenversicherungsrecht, das Binnenschiffahrtsrecht, das Verlagsrecht, das Recht des Warrantverkehrs und des Lagergeschäfts, das Recht des Checkverkehrs, die kaufmännische Anweisung und neue Gesellschaftsformen. Ausserdem werden in einem besonderen Capitel noch die Wünsche nach gesetzlicher Regelung einer Anzahl anderer Institute, wie des Contocorrentvertrags, der Börsegeschäfte, des kaufmännischen Darlehens und Verwahrungsvertrags, des Giroverkehrs, der Scontration, der Inhaberpapiere und der Aussercurssetzung derselben, der Obligationen und der gemeinsamen Vertretung der Obligationäre, endlich der concurrence déloyale — auf ihre Berechtigung geprüft. Wie man sieht, ist die Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt, eine sehr umfassende. Um so grössere Anerkennung verdient die Gründlichkeit und die exacte Weise ihrer Lösung. Mit den gesetzgeberischen Vorarbeiten, der Literatur und der Praxis auf allen Gebieten des Verkehrsrechts wie selten jemand vertraut, dabei ein ebenso gelehrter als klar denkender Jurist und ein scharfer Beobachter des Verkehrslebens, ist der Verfasser wie vielleicht kaum ein anderer in der Lage, eine Aufgabe in die Hand zu nehmen, wie die vorliegende. Und im Grossen und Ganzen wird man dem Verfasser auch Recht geben in den Vorschlägen, welche er macht, wie in der Kritik, die er übt. Hervorzuheben sind aus der zweiten Abtheilung die eigenen Gesetzentwürfe des Verfassers zur Regelung der Verhältnisse der Fluss- und Binnenschifffahrt (S. 108—151), dann betreffend das Lagergeschäft und die Ausstellung von Lagerscheinen und Lagerpfandscheinen (S. 212—231), endlich betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit oder die Antheilgesellschaft (S. 328—344). — Entwürfe, welche ebenso von genauer Sachkenntnis wie von Vertrautheit mit der Gesetzestechnik zeugen und überaus sauber ausgearbeitet sind.



Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

207.

Rechtsbesitz oder Precarium?

(E. 4. Jän. 1889, Z. 14808.)

Der Besitzstörungsklage wurde in den Vorinstanzen stattgegeben, vom OLG. aus folgenden Gründen: Durch die Errichtung des Zauns zwischen den Grundstücken x und y ist der frühere thatsächliche Zustand, in welchem die Kl. bei Beackerung ihres Grundstücks y an der nördlichen Ecke ungehindert in das Grundstück x mit dem Gespanne einlenken und den Pflug umlenken und so die Anwand mit anbauen und einfechsen konnten, derart verändert worden, dass die Beackerung der nördlichen Ecke von dem Grundstücke der Kl. y in einer Länge von 1¼ Quadratklafter in der Richtung nach Süden unmöglich geworden ist. Dass die Gekl. den Zaun herstellen liessen, haben sie selbst zugestanden. Es fragt sich nur noch, ob die Gekl. sich dadurch den Kl. einer Besitzstörungshandlung schuldig gemacht haben und diese Frage kann nur bejaht werden. Alle von den Kl. geführten Zeugen haben eidlich bestätigt, dass der Kl. oder seine Leute seit jeher jene Ecke des Feldes y geackert, dabei auf das Feld der Gekl. x mit dem Pfluge eingelenkt und dort umgewendet haben. Dass die Kl. wegen des Umwendens des Pflugs auf dem Felde der Gekl. dieselben jemals ersucht, oder dass die Gekl. jemals dagegen Einsprache erhoben hätten, wusste keiner dieser Zeugen zu sagen und selbst die Gekl. haben es nicht behauptet. Dieselben Zeugen haben vielmehr weiter bestätigt, dass es in derselben Flur ebenso die andern Grundbesitzer gegen die Nachbarn und die Gekl. ebenfalls machen. Insbesondere haben die Zeugen bestätigt, dass klägerischerseits im vorigen Herbste so geackert und auf dem Felde der Gekl. umgelenkt wurde. Die Gekl. können sich mit Erfolg nicht darauf berufen, dass sie das Vorgehen der Kl. nur aus nachbarlicher Gefälligkeit duldeten. Sie haben niemals Einsprache dagegen erhoben, folglich muss auch erkannt werden, dass die Kl. sich im letzten factischen Besitze des Rechts, auf dem Felde der Gekl. bei der fraglichen Ecke mit dem Pfluge umzuwenden, befinden. Dieses Rechts sind die Kl. auch durch den zwischen den Gekl., den Kl. und andern Feldnachbarn wegen eines Fahrwegs am 22. Juli 1887 geschlossenen Vergleich nicht verlustig geworden, weil damals der in Rede stehende Zaun noch nicht bestand und durch unbedenkliche Zeugen bestätigt worden ist, dass gelegentlich dieses Ausgleichs der Kl. zu dem Gekl., als dieser sagte, er werde seinen Garten vergrössern, nämlich ein Stück zum Garten dazunehmen und den Garten einzäunen, sagte: „Du kannst einschränken, wie Du willst, aber ich darf nicht verhindert sein, zu ackern wie ich will“, und dass der Gekl. erwiderte: „Du wirst nicht verhindert sein“. Wenn davon im schriftlichen Vergleiche auch keine Erwähnung geschieht, so kann doch der § 887 bGB. hierauf keine Anwendung finden, weil Gegenstand des Vergleichs ein Fahrweg und nicht der Garten der Gekl. oder der Grenzzaun war. Die Frage, ob die Kl. die Theilarea von 1¼ Quadratklafter ihres Feldes mit Hacke und Schaufel aufgraben konnten und sollten, ist in diesem Besitzstörungsstreite nicht zu entscheiden.

Vom OGH. wurde die Klage abgewiesen in Erwägung, dass die Sachlage dieses Besitzstörungsstreits zur der Folgerung nicht berechtigt, dass die Kl., indem sie beim Ackern ihres Feldes y in den Garten x der Gekl. einlenkten, dieses Einlenken als ein Recht auf fremdem Grund und Boden ausübten; dass vielmehr dieses Einlenken,

wie dies bei Nachbarn vorkömmt, von einem dem andern aus nachbarlicher Gefälligkeit gestattet wurde; dass aber die aus Gefälligkeit gestattete Ausübung nicht in ein Recht zu verwandeln gesucht werden darf (§ 345 bGB.), dass bei der entgegengesetzten Auffassung jede nachbarliche Gefälligkeit ausgeschlossen wäre und verweigert werden müsste, dass eine solche Ausübung dem Besitze eines Rechts nicht gleichgestellt werden kann und daher vom Richter nicht zu schützen ist — dass endlich die von den Kl. geltend gemachte Aeusserung des Erstbekl. nicht derart bestimmt ist, um in derselben die Einräumung eines Servitutsrechts finden zu können, wobei ganz davon abgesehen wird, dass jene Aeusserung die Frau des Gekl. nicht binden konnte.

208.

1. Beweis der Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einer Liegenschaft durch die Catastralmappe. — 2. Publica fides des Grundbuchs: Unzulässigkeit der Einrede der Ersitzung gegen den gutgläubigen bücherlichen Einzelnachfolger in ein Grundstück.*

* Vgl. oben Nr. 1.

(E. 7. Mai 1889, Z. 2857.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Eigentumsklage wurde in den oberen Instanzen stattgegeben, vom OGH. aus folgenden Gründen: Gegenüber den Ausführungen der Revisionsbeschwerde muss zuvörderst betont werden, dass seit der Neuanlegung der Grundbücher die Catastralaufnahmen für die Frage des Eigentumsrechts an unbeweglichen Gütern keineswegs mehr belanglos sind, denn durch die für die Neuanlegung der Grundbücher und für deren Fortführung in Uebereinstimmung mit dem Cataster gegebenen Gesetze und Vorschriften ist die ursprünglich allerdings nur zu Besteuerungszwecken aufgenommene Catastralmappe in ihrem zur Führung des Grundbuchs verwendeten Indicationsskizzen auch zur Grundbuchsmappe geworden, durch welche die den Gutsbestand der einzelnen Grundbuchskörper bildenden Grundparcellen nach Lage und Begrenzung ihre Darstellung erhalten sollen. Mit Recht hat daher das OLG. auf Grund des mittelst der Catastralmappe abgeführten Sachverständigenbefunds als erwiesen angenommen, dass das streitige Grundstück einen integrierenden Theil der Bauparcelle x und mit dieser einen Bestandtheil der im Grundbuche auf Namen der Kl. eingetragenen Realität bilde, dass daher auch ein weiterer Beweis des Eigentumsrechts von Seite der Kl. nicht zu erbringen sei. Das OLG. hat auch den vom Bekl. versuchten Ersitzungsbeweis ganz richtig gewürdigt und es kann den bezüglichen Erörterungen nur noch beigefügt werden, dass der Bekl. ein aus der Ersitzung abgeleitetes Recht gegenüber den Kl. im Hinblicke auf die Bestimmung des § 6 des Ges. vom 25. Juli 1874 (RGB. 96) überhaupt nicht mehr geltend machen kann, da die Kl. die fragliche Realität erst nach der Neuanlegung des Grundbuchs käuflich an sich gebracht haben und denselben nicht nachgewiesen werden konnte, dass sie sich bei ihrer Erwerbung in Betreff der Zugehörigkeit des streitigen Grundtheils im schlechten Glauben befunden haben, aus der Aussage der N vielmehr hervorgeht, dass dieselbe als Mitverkäuferin der früher ihrem Vater gehörigen Realität diesen Grundtheil ebenso, wie ihr Vater als zu derselben gehörig betrachtet und dies auch dem Erstkl. mitgetheilt habe.

Die von Seite des OLG. ausgesprochene Stattgebung des Klagebegehrens war daher begründet.

209.

Nachbarrecht. Besitz der servitus ne luminibus officiatur durch Unterhaltung eines in des Nachbars Raum sich öffnenden Fensters.

Vgl. Bd. I Nr. 380; Bd. III Nr. 298; Bd. IV Nr. 177. 329. 353; Bd. V Nr. 178; Bd. VI Nr. 38. 231.

(E. 12. März 1889, Z. 2511.)

A klagte den B wegen Besitzstörung, weil dieser durch Errichtung eines Thors das Oeffnen der äusseren Flügel eines Fensters in der Wand der A ver-

eitelte, und begehrte den Schutz in dem Besitze des Rechts, die äusseren Fensterflügel zu öffnen und durch das Fenster Licht und Luft, sowie die freie Aussicht zu geniessen. Der 1. R. gab dem Klagebegehren vollinhaltlich statt. Das OLG. bestätigte den erstr. Bescheid im Punkte des Besitzes, die äusseren Fensterflügel zu öffnen, wies dagegen das Begehren um Schutz des Besitzes, Licht und Luft, sowie freie Aussicht zu geniessen, in der Erwägung ab, dass Kl. den Besitz des Rechts, durch das nun verstellte Fenster der Hausflur Licht und Luft zuzuführen und die unbehinderte Aussicht zu geniessen, in keiner Weise dargethan hat, indem diese Dienstbarkeit nur der Ausfluss eines dem Besitzer des herrschenden Guts zustehenden Verbotsrechts sein kann, von der Kl. aber nicht einmal behauptet wurde, dass sie in die Lage gekommen ist, je die Entziehung von Luft und Licht, sowie eine Behinderung der Aussicht durch Vorrichtungen auf dem Grunde des Gekl. zu untersagen, wonach von einer Störung des bezüglichen Rechts keine Rede sein kann und die Kl. mit dem auf Schutz dieses Besitzes abzielenden Theile des Klagebegehrens abzuweisen ist.

Der OGH. fand in Erwägung, dass, wie das Protokoll über den Augenschein ergiebt, die Flügel des fraglichen Fensters nach aussen geöffnet werden; dass der Zweck des Fensters offenbar der ist, mindestens den Raum innerhalb und oberhalb der Halbkreise, welche die Fensterflügel beschreiben, zum Luft- und Lichtbezuge zu benützen; dass schon die Unterhaltung des Fensters, dessen Gebrauch durch Zeugenaussagen erwiesen ist, eine in dem bezeichneten Umfange in den Luftraum zwischen dem Hause der Kl. und jenem des Gekl. eingreifende, von der Benützung desselben den Gekl. ausschliessende Anlage enthält, deren Duldung allein zum Besitze der erwähnten Dienstbarkeit genügte und führte, ohne dass ein durch Widerspruch beseitigtes Entgegenhandeln des Gekl. hätte vorausgehen müssen; dass aber in dem Gebrauche des Fensters nicht auch eine zur Begründung eines Aussichtsrechts erforderliche unzweideutige Handlung erblickt werden kann, zu erkennen, dass sich die Kl. im Besitze des Rechts befinde, durch das Fenster Luft und Licht innerhalb und oberhalb des Halbkreises, welche dessen Flügel beschreiben, zuzuführen.

210.

Eintritt des leer ausgehenden Vorhypothekars in die Stelle des befriedigten Nachhypothekars an einer Simultanhypothek. Tragweite der Regel des § 37 ConcO.

Vgl. Bd. IV Nr. 3. 4; Bd. V Nr. 4. 5; Bd. VI Nr. 366.

(E. 3. Juli 1889, Z. 7923.)

Auf der zwangsweise versteigerten Liegenschaft x des D hafteten für A 127 fl., für B 1650 fl. und für den Ersteher C 1800 fl. Die Forderungen des A und des B hafteten auch auf einer zweiten, seither in den Besitz eines Dritten übergegangenen und nicht in Execution gezogenen Liegenschaft y. Da C bei der Meistgebotvertheilung mit einem Theilbetrage von 1633 fl. seiner Forderung leer ausging, wurde ihm in dem Meistbotsvertheilungsbescheide der Anspruch auf diejenigen Beträge verwahrt, welche bei einer eventuellen Feilbietung der Realität y auf die Hypothekarforderung des B im Betrage von 1650 fl. und die des A im Betrage von 127 fl. in Gemässheit des im § 37 CO. festgesetzten Verhältnisses entfallen würden. Ueber Recurs des B, für welchen auf der noch nicht in Execution gezogenen Realität y ausser der auf den Meistbot verwiesenen Hypothekarforderung von 1650 fl., und zwar in späterer Rangordnung das Pfandrecht für eine weitere Forderung einverleibt war, fand das OLG. den Meistbotsberechnungsbescheid dahin abzuändern, dass aus demselben der erwähnte Vorbehalt ausgeschieden wird, weil die Ausnahmsbestimmung des § 37 CO. auf den vorliegenden Fall, wo weder ein Concursverfahren vorliegt, noch die simultan verhafteten Güter, welche überdies verschiedenen Eigentümern gehören, gleichzeitig veräussert wurden, keine Anwendung findet, sonach die ausgesprochene Verwahrung im Gesetze keineswegs begründet ist.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her; denn die Anwendung der Bestimmungen des § 37 CO. auf eine ausser dem Concurse stattgefundene executive

Feilbietung entspricht der Vorschrift des § 437 GO. und vermag es für die Behandlung einer simultan auf mehreren unbeweglichen Gütern haftenden Hypothekarforderung bezüglich der Zuweisung aus dem Meistbote eines derselben einen Unterschied nicht zu machen, ob die mehreren Güter einem und demselben oder aber verschiedenen Eigentümern gehören, sowie sich ferner aus dem Schlussabsatze des § 37 CO. die Anwendbarkeit der im ersten Absatze enthaltenen Bestimmungen auch auf jenen Fall ergibt, dass die übrigen Güter noch nicht veräussert wurden.

211.

Anfechtung einer Begünstigung: Unerheblichkeit des vor der kritischen Zeit, aber im Zustande der Ueberschuldung gemachten Sicherstellungsversprechens für den begünstigenden Charakter der in der kritischen Zeit gewährten Sicherstellung. (AG. § 5.)

(E. 1. Mai 1889, Z. 4533.)

A hatte dem B am 5. Sept. 1887 für eine seit längerer Zeit ausstehende Schuld eine Hypothek bestellt und ging hierauf am 10. Sept. 1887 in Concurs. Gegen die auf die §§ 2 und 5 AG. gestützte Anfechtungsklage des Concursmassaverwalters vertheidigte sich B, indem er das Vorhandensein der Voraussetzungen jener Gesetzesbestimmungen leugnete, vornemlich durch die unter Beweis gestellte Behauptung, dass A ihm die bestellte Hypothek noch im August 1887 versprochen habe. Der aus diesen Gründen vom 1. R. abgewiesenen Klage wurde vom OLG. stattgegeben mit der Begründung, weil der Gekl. das Pfandrecht erst durch den beanständeten Notariatsact innerhalb der kritischen Zeit erworben habe, durch die eingewendete mündliche Zusicherung des Schuldners aber noch nicht in die Lage versetzt worden war, die grundbücherliche Einverleibung des Pfandrechts zu erwirken, auch nicht nachgewiesen habe, dass ihm zur Zeit der erfolgten Sicherstellung eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war; ferner weil kein Zweifel darüber bestehen könne, dass der Schuldner jene Rechtshandlung in der Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen vorgenommen habe, da die Ueberschuldung desselben am 5. Sept. 1887 zweifellos bereits vorhanden war, und dem Gekl. diese Absicht des Gemeinschuldners bekannt sein musste, da der in derselben Pfarre wie der Schuldner sesshafte Gekl. am 5. Sept. 1887 zweifellos bereits in Kenntnis von der schlechten Vermögenslage des Schuldners war.

Der Revisionsbeschwerde des Gekl., — in welcher auf das, was im Berichte des Justizausschusses des Abgeordnetenhauses (Geller, AG. S. 53 und 56) über die §§ 2 und 5 AG. gesagt wird, hingewiesen wurde — fand der OGH. keine Folge zu geben, in der Erwägung: dass es dem Gekl. oblag, einen Anspruch auf Sicherstellung, welcher ihm zur Zeit der Errichtung des Notariatsacts vom 5. Sept. 1887 zugestanden wäre, und der seine Befriedigung durch diesen Notariatsact gefunden hätte, nachzuweisen, dass der Gekl. sich in dieser Beziehung nur auf eine vom Gemeinschuldner im August 1887 ertheilte Zusicherung zu berufen in der Lage war, dass aber diese Zusicherung schon darum hier nicht in Betracht gezogen werden kann, weil der von seinen Gläubigern bedrängte Gemeinschuldner zur Zeit dieser Zusicherung bereits überschuldet, daher nicht berechtigt war, einzelne Gläubiger durch Gewährung einer Sicherstellung zu begünstigen, dass daher die Zusicherung des Gemeinschuldners nicht geeignet war, einen Anspruch auf Sicherstellung zu begründen, dass der Gekl. auch den ihm nach § 5 AG. obliegenden Beweis seiner Unkenntnis nicht angeboten hat, dass übrigens die eigene Darstellung des Gekl. über sein Drängen nach Sicherstellung mit der Annahme einer solchen Unkenntnis unvereinbar wäre.

212.

Anfechtung einer Begünstigung: 1. Unerheblichkeit des vor der kritischen Zeit, aber im Zustande der Ueberschuldung gemachten Sicherstellungsversprechens für den begünstigenden Charakter der in der kritischen Zeit gewährten Sicherstellung. 2. Begünstigender Charakter der bei der Darlehensaufnahme in der kritischen Zeit gewährten Sicherstellung. (AG. § 5.)

(E. 1. Mai 1889, Z. 4534.)

In einem mit dem vorstehend mitgetheilten gleichzeitig zur Entscheidung vorgelegenen Falle war der Thatbestand zum Theile insofern anders beschaffen, als die Hypothek nicht blos für eine alte, sondern auch für eine bei ihrer Bestellung neu contrahierte Schuld von 500 fl. bestellt wurde. Es wurde aber auch hier genau so wie im vorigen Falle entschieden. Der 1. R. wies die Klage zur Gänze ab und bemerkte bezüglich der Pfandbestellung für die 500 fl., dass dieselbe „sich als ein Theil des die Schuld begründenden Rechtsgeschäfts darstellt, demnach von dem Gläubiger mit Recht gefordert werden konnte“. Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren aus denselben Gründen wie im vorigen Falle und fügte nur hinzu: Die obige Rechtshandlung unterliegt auch bezüglich des weiteren Theilbetrags per 500 fl., welchen A erst am 3. Sept. 1887, also am Tage der Errichtung des notariellen Schuldscheins baar zugezählt erhielt, der Anfechtung nach § 5 AG., weil der Gekl. bezüglich dieses Theilbetrags vor Ausstellung des notariellen Schuldscheins vom 3. Sept. 1887 nicht berechtigt war, die Sicherstellung zu beanspruchen, der Gekl. übrigens auch nicht nachgewiesen hat, dass der Theilbetrag von 500 fl. in der Concursmassa vorhanden sei.

Der OGH. fügte seinen den im vorigen Falle mitgetheilten völlig gleichlautenden Gründen noch die weitere Erwägung bei, dass die Annahme über die Wirkung der von einem Gemeinschuldner ungeachtet des Zustandes der Ueberschuldung und ohne Controle über die Verwendung empfangener Gelder geschlossenen Hypothekargeschäfte jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Bemerkung der Redaction.

In den vorstehenden EE. gelangt ein neuer Rechtssatz zum Ausdruck, der sich mit dem positiven Gesetz schwer in Einklang bringen lässt. Dem § 5 AG. liegt allerdings der Gedanke zugrunde, dass die im Zustande der Zahlungsunfähigkeit einem einzelnen Gläubiger zutheil gewordene Begünstigung eine Verletzung der anderen Gläubiger bedeutet und darum nach Ausbruch des Concurses von der Gläubigerschaft angefochten werden darf. Aber das Gesetz will die Zahlungsunfähigkeit bei registrierten Schuldnern erst in den letzten zwei Wochen vor erfolgter Zahlungseinstellung, und bei anderen Schuldnern erst zwei Wochen vor der Anbringung eines Gesuchs um Concurseröffnung als vorhanden annehmen. Sowenig nun eine vor diesem kritischen Zeitpunkte gewährte Begünstigung deshalb angefochten werden kann, weil der Schuldner angeblich schon früher zahlungsunfähig gewesen sei, ebensowenig kann aus diesem Grunde der vor Eintritt der kritischen Zeit existent gewordenen Verpflichtung zur Gewährung einer Sicherstellung die Wirksamkeit abgesprochen werden. Hatte der Gläubiger vermöge einer für den Schuldner vor der kritischen Zeit begründeten Verpflichtung eine Pfandbestellung zu fordern, so kann die in der kritischen Zeit erfolgte Pfandbestellung sowenig als eine Begünstigung im Sinne des § 5 AG. aufgefasst werden, wie etwa eine Zahlung, welche auf eine fällige Schuld geleistet worden ist.

Noch weniger begründet scheint uns die Anfechtbarkeit der für ein in der kritischen Zeit contrahiertes Darlehen gewährten Sicherstellung. Die Frage, ob die Darlehensvaluta in die Concursmaase geflossen ist oder nicht, ist hier völlig gleichgiltig. Das Gesetz will nicht alle vom Gemeinschuldner in der kritischen Zeit geschlossenen Geschäfte überhaupt, sondern lediglich die dem einzelnen Gläubiger gewährten Begünstigungen der Anfechtbarkeit unterworfen wissen. Die bei der Contrahierung eines Darlehens, welches der Gläubiger nicht anders als gegen Pfand gewähren wollte, erfolgte Pfandbestellung kann aber kaum als eine Sicherstellung aufgefasst werden, welche der Gläubiger „nicht, oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte“.

213.

Begründung des Anspruchs auf die Conventionalstrafe: Entbehrlichkeit des Nachweises eines erlittenen Schadens.*

Vgl. Bd. II Nr. 146. 211. 371; Bd. III Nr. 54. 206; Bd. IV Nr. 288.

(E. 24. April 1889, Z. 2786. — III. Senat. — SpR. 145. — Beil. z. JMdgsbl. 448.)

Der Art. 8 des am 24. Juni 1885 zwischen B als Bestandgeber und A als Bestandnehmer abgeschlossenen Miet-, bez. Pachtvertrags bestimmte: „Sollte es geschehen, dass der Bestandgeber die in Bestand gegebenen Liegenschaften vor Ablauf der Bestandzeit einem Anderen verkauft oder in Bestand gibt, und in diesem Falle der Bestandnehmer dem neuen Käufer oder Bestandnehmer weichen müsse, so verpflichtet sich der Bestandgeber, dem Bestandnehmer eine Conventionalstrafe von 1000 fl. zu bezahlen." Die vereinbarte Bestandzeit soll mit 1. Sept. 1895 enden; schon am 20. Oct. 1885 verkaufte B das Bestandobject an C, welchem A weichen musste. Mit Klage vom 9. Nov. 1885 verlangt nun A von B die Zahlung der Conventionalstrafe. Gekl. gibt den Vertragsbruch zu, wendet aber ein, dass er zur Bezahlung der Conventionalstrafe nicht verpflichtet sei, weil Kl. nicht nachgewiesen hat, er habe durch den Vertragsbruch einen Schaden überhaupt und insbesondere einen der bedungenen Conventionalstrafe gleichkommenden, erlitten. Die Gerichte aller drei Instanzen wiesen diese Einwendung ab und gaben dem Klagebegehren statt, der OGH. aus folgenden Gründen: Zunächst muss der Ansicht, welche der Gekl. ausführte, als ob die Stipulation der Conventionalstrafe im vorliegenden Falle nur als ein einseitig verbindlicher Vertrag im Sinne des ersten Abs. des § 915 bGb. anzusehen wäre, entgegengetreten werden. Die Conventionalstrafe wurde im Abs. 8 des am 24. Juni 1885 abgeschlossenen Vertrags stipuliert; dieser Vertrag ist aber ein Bestandvertrag, somit nach den §§ 1090 und 1094 bGb. ein zweiseitig verbindlicher Vertrag, und zwar seinem ganzen Inhalte nach, daher nicht nur in Betreff der Hauptsache, sondern auch bezüglich der im Abs. 8 stipulierten Conventionalstrafe als einer Nebengebür im Sinne des § 912 bGb. Aus diesem Grunde hat auf die Interpretation dieses Abs. der Schlussatz des § 915 bGb. zur Anwendung zu kommen. Es haben demnach die unteren Instanzen deshalb, weil der Gekl. die dem Kl. mit obigem Vertrage in Bestand gegebenen Objecte nachträglich dem C verkauft hat, so dass Kl. dem Letzteren weichen musste, mit Recht angenommen, dass die Verpflichtung des Gekl. zur Zahlung der im Abs. 8 des Vertrags stipulierten Conventionalstrafe eingetreten ist. Da die Streittheile in diesem Vertragsabsatze für den Fall, wenn der Gekl. die Bestandobjecte vor Ablauf der vereinbarten Bestandzeit einem Anderen verkaufen oder in Bestand geben sollte, so dass diesem der Kl. weichen müsste, eine Conventionalstrafe stipuliert haben, so haben sie ja bereits dadurch anerkannt, dass der Vertragsbruch seitens des Gekl. wirklich einen Nachtheil für den Kl. involviere, weshalb es eines weiteren Beweises des Kl. darüber, dass er durch den Vertragsbruch beschädigt sei, nicht bedarf. Wird ferner erwogen, dass der von der Bestimmung einer Conventionalstrafe handelnde § 1336 bGb. in der Marginalrubrik als Bedingung des Vergütungsvertrags bezeichnet und hiebei auf den § 912 bGb. hingewiesen wird, dass die im § 912 bGb. enthaltene Aufzählung der Nebengebüren zwischen dem Ersatze des verursachten Schadens — nemlich dessen, was dem Anderen daran liegt, dass die Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt wurde, und zwischen dem Betrage unterscheidet, welchen ein Theil sich auf diesen Fall bedungen hat, dass ferner im § 913 bGb. ausdrücklich ausgesprochen wird, dass, inwieweit dem Gläubiger ein Recht auf diese Nebengebüren zukomme, theils, d. h. soweit der Vertrag reicht, aus den besonderen Arten und Bestimmungen der Verträge und theils, d. h. wenn der Vertrag nicht darauf gerichtet ist, aus den gesetzlichen Bestimmungen über das Recht des Schadensersatzes und der Genugthuung zu entnehmen ist, so ist es ja klar, dass der Anspruch auf eine vertragsmässig stipulierte Conventionalstrafe nicht erst von dem besonderen Nachweise eines eingetretenen Schadens abhängig gemacht werden darf, sondern dass der die Zahlung der Conventionalstrafe ansprechende Kl. nur

* Darüber s. de Griez in dieser Zeitschr., Bd. III S. 193 ff.

den Eintritt des Falls, für welchen diese Strafe bedungen wurde, zu erweisen hat, und dass es weiter nur darauf ankommen kann, ob vom Gekl. die Uebermässigkeit des Vergütungsbetrags erwiesen wird, welchen dann der Richter eventuell aus öffentlichem Interesse entsprechend zu mässigen habe, wenn nemlich das Handeln des Verpflichteten sich als unvernünftig darstellen, oder wenn die Zahlung der vereinbarten Conventionalstrafe den vermögensrechtlichen Ruin desselben herbeiführen würde.

Zugleich wurde die Eintragung des nachfolgenden Rechtssatzes in das SpR. beschlossen: *Der Anspruch auf die Conventionalstrafe ist nicht von dem Nachweise des Schadens abhängig, der durch das Eintreten des Falles, für welchen die Conventionalstrafe vereinbart wurde, entstanden ist.*

214.

Verpflichtung zur Zahlung eines Schmerzgelds für eine verschuldete Frühgeburt. Unabhängigkeit der Höhe des Schmerzgelds von der Lebensstellung der Beschädigten.

(E. 17. Mai 1888, Z. 4749.)

Der Klage auf Zahlung eines Schmerzgelds im Betrage von 200 fl. wurde vom 1. R. vollständig stattgegeben. Das OLG. ermässigte das Schmerzgeld auf 50 fl. Gründe: Durch das vorliegende Strafurtheil vom 10. Mai 1887 ist dargethan, dass infolge des seitens des Gekl. in der Nacht vom 28. zum 29. Jän. 1887 bewerkstelligten Ueberfalls und Verfolgung der damals hochschwangeren Kl. Letztere in begründete Furcht und Besorgnis um ihre körperliche Sicherheit versetzt wurde, und dass diese Handlungsweise des Gekl. die Veranlassung war, dass bei der A. die sich damals angeblich im achten Monate der Schwangerschaft befand, eine Frühgeburt erfolgt ist. Die Bewirkung dieser vorzeitigen Geburt muss wegen der hiebei erfolgten naturwidrigen Lostrennung der noch nicht vollkommen entwickelten Leibesfrucht von dem Organismus der Mutter einer Körperverletzung der Letzteren gleichgeachtet werden und berechtigt die Kl. allerdings zu privatrechtlichen Ansprüchen nach Maassgabe des § 1325 bGb. Die vorliegende Klage ist lediglich auf Zuerkennung eines Schmerzgelds gerichtet. Nach dem Ausspruche der Sachverständigen ist wohl als sichergestellt anzuerkennen, dass bei einer Frühgeburt, als welche nach dem Zeugnisse des Med. Dr. C die in Rede stehende Entbindung der A angesehen werden muss, die Schmerzen bei und nach der Entbindung im allgemeinen nicht grösser, vielmehr eher geringer, als bei einer normalen Geburt seien; doch haben eben diese Sachverständigen gleichfalls bestätigt, dass es im vorliegenden nicht ausgeschlossen sei, dass der Schreck, psychische Aufregung und der Verlust des Kinds anderweitige gesundheitsschädliche Folgen, etwa Nervosität, Gemütskrankheit u. s. w. verursachen können und demnach auch bei der A bewirken konnten. Das gemäss § 1325 bGb. von einem Beschädigten in Anspruch genommene Schmerzgeld ist aber nicht blos nach dem Maasse der körperlichen Schmerzen zu beurtheilen, sondern es kann hierin auch eine Entschädigung für die psychischen Qualen gefunden werden; und in der That hat die Kl. nach Inhalt ihrer Klage das von ihr beanspruchte Schmerzgeld als Entschädigung für die ihr zugefügten Schmerzen und Qualen bezeichnet. Wenn nun auch der physische Schmerz der Entbindung dem Verschulden des Gekl. nicht beigemessen werden kann, da die Kl. ja später den gewöhnlichen Wehen der natürlichen Entbindung jedenfalls ausgesetzt gewesen wäre, so ist doch nicht zu verkennen, dass selbst die physischen Schmerzen bei einem krankhaft erregten Gemüte und bei nervöser Aufregung, wie beides durch die Handlungsweise des Gekl. bei der A verursacht wurde, heftiger empfunden werden, wozu aber auch die Qualen über die Besorgnis der mit einer Frühgeburt verbundenen aussergewöhnlichen Gefahren für die Gesundheit der Mutter und insbesondere rücksichtlich der Lebensfähigkeit des Kinds hinzutreten. Alle diese Momente führen zu der Schlussfolgerung, dass der Anspruch der Kl. auf ein Schmerzgeld vollkommen berechtigt ist. Wenn aber anderseits wieder erwogen wird, dass die Kl. als Gattin eines einfachen Zimmermanns an körperliche Strapazen gewöhnt sein muss und auch psychisch minder empfindlich sein dürfte, und wenn weiters

darauf Rücksicht genommen wird, dass nach Aussage der Zeugin D die Bettlägerigkeit der Kl. nur durch 14 Tage dauerte, die bei einer regelrechten Geburt vorkommenden Wehen aber bei Beurtheilung des Schmerzgelds nicht mit in Anschlag zu bringen sind, so ist der von der Kl. erhobene Anspruch eines Schmerzgelds in der Höhe von 200 fl. jedenfalls als überspannt zu bezeichnen und erachtet das OLG., dass ein Betrag von 50 fl. den erhobenen Umständen angemessen wäre.

Der OGH. billigte der Kl. ein Schmerzgeld im Betrage von 100 fl. zu. Gründe: Die Kl. erklärt in ihrer Revisionsbeschwerde, sie erhebe Anspruch auf gerechte und empfindliche Sühne für den auf sie gemachten Angriff des Gekl. und begehrt Wiederherstellung des erstr. U. Sofern aber die Kl. nicht lediglich ein angemessenes Schmerzengeld, sondern unter dem Namen eines Schmerzengelds auch eine empfindliche Sühne für den auf sie gemachten Angriff des Gekl. beansprucht, erscheint ihr Begehren schon darum unbegründet, weil die strafrechtliche Sühne des Angriffs des Gekl. auf die Kl. durch das Strafgericht in der Form einer Geldstrafe per 80 fl. zum Armenfonde oder im Falle ihrer Uneinbringlichkeit in Form einer sechzehntägigen Arreststrafe wider den Gekl. ausgesprochen wurde. Gleichwohl kann die o. g. Herabsetzung des angesprochenen Schmerzengelds der Kl. per 200 fl. auf 50 fl. über die Revisionsbeschwerde der Kl. als gerechtfertigt nicht anerkannt werden, weil die Intensität der durch eine Frühgeburt und durch den Verlust der Leibesfrucht hervorgerufenen physischen und psychischen Schmerzen einer Frauensperson von der Lebensstellung derselben unabhängig ist, die Herabsetzung des Klagsanspruchs auf 50 fl. sich daher nicht damit begründen lässt, dass die Kl. die Gattin eines einfachen Zimmermannes sei. Aus diesen Erwägungen kann zwar dem Revisionsbegehren der Kl., soweit dasselbe die Wiederherstellung des erstr. U. und hiemit eine empfindliche Sühne des auf die Kl. unternommenen Angriffs des Gekl. anstrebt, keine Folge gegeben, aber auch das o. g. U. nicht aufrecht erhalten werden, sondern wurde das Schmerzengeld der Kl. von dem Betrage per 50 fl. auf den Betrag per 100 fl. erhöht.

215.

Zwangsweise Versteigerung einer Liegenschaft wegen einer indebite haftenden Forderung und Weiterveräusserung derselben durch den sie erstehenden Executionsführer: Anspruch des Executen gegen den Letzteren auf Rückstellung der Liegenschaft oder auf Schadenersatz?

(E. 7. März 1889, Z. 1438. — JBl. 25.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Klage wurde vom OLG. stattgegeben. Gründe: Die wegen des Rests von 216 fl 84 kr. der Darlehensforderung im ursprünglichen Betrage von 9000 fl. bewilligte und auf den 1. Febr. 1886 anberaumte dritte Tagfahrt zu der executiven Feilbietung der Realität Nr. 74 in H und der am 1. Febr. 1886 erfolgte executive Verkauf dieser Wirtschaft und der Kauf derselben durch die Gekl. um den Kaufschilling von 7010 fl. sind unwirksam und ungiltig. Hiedurch erscheint thatsächlich der gekl. Sparcassa der Titel zur Besitzergreifung und Eigentumserwerbung an der Realität des Kl. Nr. 74 in H entzogen, und da der Kl. wieder, wie vor dem erwähnten, jedoch nichtigen executiven Verkaufe als unbeschränkter Eigentümer derselben Realität anzusehen ist, kann der Gekl. ein weiteres Verfügungsrecht über diese Realität nicht zugestanden werden, und bleibt die gekl. Sparcassa, sobald sie ohne jedweden giltigen Rechtstitel über die Realität dennoch verfügte, dem Kl. dafür haftbar und verantwortlich. Die gekl. Sparcassa kann sich nicht mit Erfolg auf einen Irrtum ihrerseits, umsoweniger aber auf ein Verschulden ihres damaligen Rechtsfreunds berufen, da nicht erwiesen vorliegt, dass dieser Rechtsfreund ohne alle Vollmacht oder ausserhalb der Grenzen seiner Vollmacht gehandelt habe (§ 1017 bGB.). Die gekl. Sparcassa bleibt sohin dem Kl. gegenüber selbst verantwortlich, und ergiebt sich hieraus für den Kl. zunächst der Anspruch auf Zurückstellung der von der gekl. Sparcassa ohne Grund und rechtsungiltig erstandenen Realität. Dass die Zurückstellung dieser Realität eine Unmöglichkeit wäre, steht nicht fest, und dies umsoweniger, da die Realität ein Verkehrsobject ist, und die Rückerwerbung

derselben von dem weiteren Käufer nicht unthunlich erscheint. Die Frage über einen Schadenersatz an Seite des einen oder des anderen Streittheils weiter zu erörtern, entfällt hier. weil der Kl. nur die Rückstellung seiner Realität beansprucht, und noch nicht gesagt werden kann, dass dieses U. nicht vollstreckbar wäre, auch der Kl. sich eine Schadenersatzklage ausdrücklich vorbehalten hat. In Erwägung dieser Umstände war das die Klage abweisende erstr. U. der Sachlage und dem Gesetze gemäss abzuändern und dem Klagebegehren stattzugeben.

Der OGH. stellt das erstr. U. wieder her in Erwägung, dass zwar die Frage der Herstellung des früheren Lastenstands, des Ersatzes für Meliorierung der Wirtschaft und der Abschliessung der Pachtverträge seitens der Firma K. ein Erkenntnis im Sinne des Klagebegehrens nicht hindern würde, da den Betroffenen die Ausführung ihrer Ansprüche in besonderen Processen offen bleibt. dass aber die Realität gegenwärtig im Besitze einer dritten Person, welcher sie bücherlich zugeschrieben ist, sich befindet, daher die Gekl. die rückzustellende Sache nicht mehr in ihrer Gewalt hat. weshalb dem Kl. nur erübrigt, den Ersatz des Schadens, welchen er durch die Handlungsweise der Gekl. erlitten hat, von derselben zu verlangen.

216.

Wirksamkeit des von einem Gläubiger des Erben auf die demselben angefallene und inzwischen ausserbücherlich veräusserte Liegenschaft nach § 822 bGb. erworbenen Pfandrechts.

(E. 6. Juni 1888, Z. 4745.)

Nachdem der Erbe C die ihm angefallene Liegenschaft ausserbücherlich an seine Gattin A verkauft hatte, erwirkte B, ein Gläubiger des Ersteren, die Pfandrechtseinverleibung auf dieselbe im Sinne des § 822 bGb. Die Klage der A. welcher diese Liegenschaft von der Abhandlungsbehörde zugewiesen wurde, auf Löschung des Pfandrechts wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. aus folgenden Gründen: In der Abweisung des Klagebegehrens kann auch eine offenbare Ungerechtigkeit nicht gefunden werden, wenn erwogen wird, dass der Anspruch des Erben auf das ihm angefallene Erbgut einen Theil seines Vermögens bildet, daher auch von dessen Gläubigern noch vor erfolgter Einantwortung mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung belegt werden kann; wenn erwogen wird. dass eine solche Sicherstellung gemäss § 822 bGb. nur in Betreff der bei der Verlassenschaftsabhandlung vorkommenden Ansprüche insoferne einer Einschränkung unterliegt, als diese Ansprüche den Vorrang vor der von den Gläubigern des Erben erwirkten Sicherstellung zu geniessen haben; wenn erwogen wird, dass im § 822 bGb., zur Wirksamkeit dieser Sicherstellung keineswegs gefordert wird, dass das betreffende Erbgut auch wirklich dem Erben eingeantwortet werde, sondern der Schluss dieses Paragraphs nur den Zeitpunkt festsetzt, von welchem an diese Sicherstellung wirksam zu sein habe, was offenbar nur dahin zu verstehen ist, dass in Betreff eines solchen Erbguts bis zum Zeitpunkte der Nachlasseinantwortung die Ansprüche der Gläubiger des Erblassers vor jenem der Gläubiger des Erben den Vorrang zu geniessen haben und wenn schliesslich erwogen wird. dass nach § 321 bGb., wo öffentliche Bücher bestehen, der rechtmässige Besitz eines dinglichen Rechts auf eine unbewegliche Sache nur durch die ordentliche Eintragung in diese Bücher erlangt wird, dass der Gekl. B die Einverleibung des executiven Pfandrechts mit der Wirkung des § 822 bGb. bereits am 31. Aug. 1882 auf die Nachlass-Realität der M erlangt hat, während Kl. das ihr gegen C zugestandene persönliche Recht auf Uebergabe dieser Realität erst nach erfolgter Verlasseinantwortung unterm 6. Juli 1886 verdinglicht hat, daher gemäss § 443 bGb. auch die darauf für den Gekl. haftende Belastung zu übernehmen hatte.

217.

Art der Sicherstellung des Erbengläubigers nach § 822 bGb.: Unzulässigkeit der Sequestration des angefallenen Erbguts.

(E. 21. Mai 1889, Z. 5996. — NZ. 26.)

Das vom 1. R. bewilligte Sequestrationsgesuch wurde vom OLG. abgewiesen; denn die Sicherstellungsmittel, mit welchen das einem Erben angefallene

Erbgut belegt werden kann, sind im § 822 bGb. genau festgestellt. Unter diesen kommt nun die executive Sequestration des angefallenen Erbguts nicht vor; dieselbe erscheint vielmehr mit Rücksicht auf den Umstand, dass der § 822 bGb. auch zugleich bestimmt, dass eine solche Sicherstellung den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen unnachtheilig und erst von Zeit der erlangten Einantwortung wirksam sein solle, völlig ausgeschlossen, weil die Sequestration, ohne die bei der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüche zu tangieren, füglich nicht durchführbar ist, und sich auch mit der weiteren Bestimmung, der gemäss die Sicherstellung erst vom Zeitpunkte der Einantwortung wirksam sein solle, nicht vereinbaren lässt.

Dem Revisionsrecurse fand der OGH. aus der zutreffenden Begründung der angef. o. g. E. und in der Erwägung keine Folge zu geben, dass eine sinngemässe Anwendung der JMVdg. v. 18. Juli 1859 (RGB. 130) durch die wesentliche Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse nach § 437 GO. ausgeschlossen erscheint, indem bei der nach § 822 bGb. ausnahmsweise gestatteten Erwirkung von Sicherstellungsmitteln auf das dem Schuldner blos angefallene Erbgut noch ungewiss ist, ob selbes sammt den Früchten seit dem Todestage des Erblassers dem Schuldner überhaupt gehört oder ob hiezu ein anderer berechtigt ist, daher nach dieser Gesetzesstelle nur solche Sicherstellungsmittel zugelassen werden, welche den bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommenden Ansprüchen, also auch jenen auf den Bezug der Früchte des Erbguts seit dem Ableben des Erblassers unnachtheilig sind.

218.

1. Grundlage für die Berechnung des Pflichttheils an einem nach dem Tode des Erblassers infolge der Fortführung des Geschäfts verminderten Nachlasse. — 2. Recursrecht des Verlassenschaftsgläubigers gegen eine irrige Berechnung und Sicherstellung des Pflichttheils.

(E. 9. April 1889, Z. 3587. — GH. 22.)

Nach dem Tode des M hatte dessen Witwe und Universalerbin dessen Geschäft für Rechnung der Verlassenschaft fortgeführt. Nach einigen Jahren legte sie den Ausweis des dem minderjährigen X gebürenden Pflichttheils vor, welcher von der Abhandlungsbehörde genehmigt wurde. Hierauf begehrte und erwirkte sie im Einverständnisse mit dem Vormunde des X die abhandlungsbehördliche Genehmigung einer Hypothekbestellung für den Pflichttheil des X an einer Nachlassliegenschaft. Dagegen brachten mehrere Verlassenschaftsgläubiger den Recurs ein, welchem aber das OLG. keine Folge gab, weil die Beschwerdeführer zwar als Gläubiger der Firma M auftreten und daher ein Interesse haben, dass die in den Nachlass des M gehörigen Realitäten durch Verpfändung nicht entwertet werden, weil ihnen jedoch auf die Berechnung des Pflichttheils eine Einflussnahme nicht zusteht und weil die vormundschaftliche Behörde keine Veranlassung hatte, einer dem Pupillen günstigen Pflichttheilsberechnung unter Berufung auf den § 786 bGb. entgegenzutreten. Es könnte aber auch die Genehmigung des Pflichttheilsausweises, sowie der Pfandbestellungsurkunde von Seite der Abhandlungsbehörde mit Grund nicht verweigert werden, weil nach der vorgelegten Bilanz das reine Nachlassvermögen noch immer 52.530 fl. 67 kr. beträgt und der Pflichttheil eines m. Pflichttheilnehmers gesetzlich sichergestellt werden muss, daher die Abhandlungsbehörde sich dieser Verpflichtung ungeachtet der Anzeige der Gläubiger über die ungünstigen Vermögensverhältnisse der Verlassenschaftsfirma sich umsoweniger entziehen durfte, als die Ansprüche dieser Gläubiger weder von der Universalerbin anerkannt waren, noch urtheilsmässig ersiegt sind, und diesen Gläubigern unbenommen bleibt, das eingeräumte Pfandrecht im Rechtswege anzufechten.

Dem a. o. Revisionsrecurse der Gläubiger stattgebend, fand der OGH. die beiden in Beschwerde gezogenen Bescheide, sowie die diese beiden Bescheide bestätigende o. g. E., endlich die auf Grund der Pfandbestellungsurkunde zur Sicherstellung des Pflichttheils des m. X auf die Nachlassrealitäten erfolgte Pfandrechtseinverleibung als null und nichtig aufzuheben und dem HG. zu verordnen,

der Universalerbin die Vorlage einer neuen Pflichttheilsberechnung mit Rücksicht auf die Ergebnisse der von ihr seit dem Tode des Erblassers mit abhandlungsbehördlicher Genehmigung für Rechnung der Verlassenschaft besorgten Fortführung des Geschäfts aufzutragen, dies aus folgenden Gründen: Nach der Vorschrift des § 786 bGb. ist bei Berechnung des Pflichttheils die Verlassenschaft bis zur wirklichen Zutheilung in Ansehung des Gewinns und der Nachtheile als ein zwischen den Haupt- und Noterben verhältnismässig gemeinschaftliches Gut zu betrachten. Die Untergerichte konnten sich der Beobachtung dieser Vorschrift mit der Rücksichtnahme auf das Interesse des m. Pflichttheils-Berechtigten umsoweniger entschlagen, als schon aus dem Gesuche der Erblasserin um Genehmigung des Pflichttheilsausweises bekannt war, dass das Nachlassvermögen seit dem Tode des Erblassers eine beträchtliche Verminderung erlitten hat und dass sehr bedeutende Forderungen gegen die Verlassenschaft angemeldet worden sind. Hiezu kommt die Erwägung, dass insoferne in dem gegebenen Falle der Pflichttheilsberechnung das Nachlassvermögen nach dem Stande zur Zeit des Ablebens des Erblassers zugrunde gelegt worden ist, ohne dabei auf die Ergebnisse der von der erblasserischen Witwe und Universalerbin für Rechnung der Verlassenschaft besorgten Fortführung der Geschäfte irgendwelche Rücksicht zu nehmen, diese Ausserachtlassung der stricten Vorschriften des § 786 bGb. eine offenbare Nullität begründet, in deren Folge die von den Untergerichten ausgesprochene Genehmigung des Pflichttheilsausweises und die in deren Folge ausgesprochene Genehmigung der bezüglichen Pfandbestellungsurkunde sowie die bücherliche Einverleibung behoben werden mussten.

219.

Auslegung eines auf ein Vermächtnis für das Ortsarmeninstitut folgenden zweiten Vermächtnisses für „würdige und dürftige Arme“.

(E. 21. Mai 1889, Z. 6072. — NZ. 26.)

Die Erblasserin M hatte in einem Absatze des Testaments dem Armeninstitute des Orts 50 fl. und in einem zweiten einen gleichen Betrag „zur Vertheilung an würdige und dürftige Arme“ vermacht. Der Gemeindevorstand des Orts begehrte nun, dass der Universalerbe angewiesen werde, auch das zweite Vermächtnis an den Armenfond abzuführen, wurde aber mit diesem Begehren vom Abhandlungsrichter abgewiesen aus nachfolgenden Erwägungen: Für den wahren Willen eines Erblassers ist zwar zunächst der Inhalt des Testaments maassgebend; es kann jedoch ersterer auch auf andere Weise erwiesen und selbst durch Vermutungsgründe festgestellt werden (§§ 572, 655, 683 bGb.). Berufen zur Auslegung eines Testaments und verpflichtet zur Obsorge für dessen genaue Erfüllung sind in erster Linie die Erben und der Testamentsvollstrecker, in zweiter Linie das Abhandlungsgericht (§§ 816 und 817 bGb., dann §§ 157 bis 164 des Abh.-Pat.). In vorliegendem Falle wurde laut Punkt VIII des Testaments den Ehegatten H die gewissenhafte Erfüllung desselben insbesondere zur Pflicht gemacht. Dieselben erscheinen daher vor allem berechtigt, über den Sinn der letztwilligen Anordnungen und die Absichten der Erblasserin ein Urtheil abzugeben, dies umsomehr, als sie mit M seit Jahren in freundschaftlichem Verkehre standen und H zumal als Vertrauensmann der Verstorbenen gerichtsbekannt war. Da Letzterer nun bezeugt, dass M keineswegs beabsichtigt habe, zweimal 50 fl. dem Armeninstitute zuzuwenden, und zwar auch nicht in der Art, dass einer dieser Beträge zum Stammvermögen, der andere zur sogleichen Vertheilung gewidmet sein sollte, da H entgegen bestätigt, dass M den zur Vertheilung an würdige und dürftige Arme bestimmten Betrag von 50 fl. ohne Beschränkung auf Localarme, d. h. auf nach S zuständige Personen auch anderen Hilfsbedürftigen als Unterstützung zukommen lassen und den Erben die Vertheilung der häufig vorkommenden grösseren Almosen an Hausarme auftragen wollte; da weiters auch aus dem Wortlaute des Abs. VII des obigen Testaments nicht entnommen werden kann, es sei für beide Beträge von je 50 fl. das Armeninstitut S als Legatar bezeichnet worden, aus der Gegenüberstellung dieser Summe vielmehr zu schliessen ist, dass der zur Vertheilung vermachte Betrag den Erben zur directen zweck-

entsprechenden Verwendung zur Verfügung gestellt werden wollte; da diese Auffassung überdies durch die Bestellung von Testamentsvollziehern bekräftigt wird, deren Berufung andernfalls ganz zweck- und inhaltslos wäre, da ferner die Bestimmungen des Hfd. v. 3. Juni 1846 (JGS. 964) nur dann anwendbar sind, wenn es sich um ein Vermächtnis für Arme ohne nähere Bezeichnung handelt, von welchen bei der dargestellten Sachlage nicht gesprochen werden kann; da endlich die von H zum grössten Theile bereits durchgeführte Vertheilung des mehrerwähnten Legats, wie derselbe angiebt, nach vorheriger Rücksprache mit dem Gemeindevorsteher von S unter Berücksichtigung seiner Wünsche und der in der Gemeinde S heimatsberechtigten Personen vorgenommen worden ist: erscheint der von H in Antrag gebrachte Vorgang gesetzlich begründet und dem Willen der Erblasserin entsprechend.

Dem Recurse der Gemeindevorstehung wurde vom OLG. Folge gegeben und verordnet, dass der gedachte Legatsbetrag an den Localarmenfond der Gemeinde S abzuführen sei; in der Erwägung, weil, wenn auch aus der Textierung des § 7 des obigen Testaments und insbesondere aus der ausdrücklichen Benennung des Armeninstituts in S als Legatar für die dort legierten ersten 50 fl. keineswegs geschlossen werden kann, dass auch die in demselben § 8 zur Vertheilung an „würdige und dürftige Arme" legierten zweiten 50 fl. auch nur den Armen von S zugedacht sind, der § 651 bGb. Schlussatz. wonach die Wahl dem Erben, resp. dem Testamentsexecutor vorbehalten bleibt, nur dann zur Anwendung zu kommen hat, wenn über die Art der Erfüllung des Legats weder durch den Erblasser, noch durch politische Vorschriften eine nähere Bestimmung getroffen wurde; im vorliegenden Falle aber für die im § 7 des Testaments legierten zweiten 50 fl. von der Erblasserin keine nähere Bestimmung, welchen Armen diese 50 fl. zuzukommen haben, getroffen worden ist, sohin das Hfd. v. 3. Juni 1846 (JGS. 964) zur Anwendung zu kommen hat, wonach dieses Legat dem Localarmenfonde der Erblasserin, welche in der Gemeinde S laut Todfallsaufnahme ihren ordentlichen Wohnsitz hatte, zuzuweisen und sohin zur Erfüllung an den Localarmenfond der Gemeinde S abzuführen ist.

Der OGH. fand dem Revisionsrecurse der Universalerben und Testamentsvollstrecker Folge zu geben und den erstr. Bescheid wiederherzustellen, weil dieser Bescheid durch die demselben beigegebene Begründung und insbesondere durch die ausdrückliche Vorschrift des § 651 bGb. als vollkommen gerechtfertigt sich darstellt.

B. **Handels- und Wechselrecht.**

220.

1. Wird die vorzeitige Entlassung eines Handlungsgehilfen durch dessen Lässigkeit im Dienste und Arroganz gerechtfertigt? — 2. Verzichtleistung auf den Lohn durch Zurückweisung der angebotenen Zahlung?

(E. 19. Dec. 1888, Z. 14652.)

Der Klage des von der Firma B am 28 Juli 1879 ohne Kündigung entlassenen Handelsagenten A auf Zahlung des Lohns für August und September wurde vom 1. R. stattgegeben. Gründe: Die Bekl. gibt zu, den Kl. aus ihrem Dienste Ende Juli 1879, ohne vorherige Kündigung entlassen zu haben, behauptet jedoch, hiezu auf Grund des Art. 64 Hgb. berechtigt gewesen zu sein. Diese Behauptung der Bekl. findet jedoch in den Ergebnissen der bezüglichen Verhandlung keine genügende Begründung, denn wenngleich Zeuge X den Kl. als einen langsamen und trägen Arbeiter bezeichnet und Zeuge Y bestätigt, dass Kl. seine Dienstesleistungen nicht mit gehörigem Eifer verrichtete, sich gewissen Arbeiten zu entziehen suchte, zerstreut und von arroganten Manieren war, seine Zeit mit Geschwätz und Lesen von Büchern verlor, so wäre damit noch nicht das Vorhandensein eines der im citierten Artikel erwähnten Gründe, welche die Dienstentlassung

eines Handelsgehilfen rechtfertigen, nachgewiesen, weil es nicht festgestellt erscheint, dass Kl. sich jemals geweigert hätte, eine ihm obliegende oder ihm von seiner Vorgesetzten anbefohlene Dienstleistung zu verrichten, oder dass er sich Aeusserungen erlaubt hätte, welche die Ehre derselben verletzen könnte. Ebensowenig könnte ein triftiger Grund, welcher die Bekl. von der Befolgung des Art. 61 Hgb. befreit hätte, in jener Thatsache erblickt werden, welche schliesslich und eigentlich die Dienstentlassung des Kl. herbeiführte, in der Thatsache nemlich, dass Kl. bei Gelegenheit der angeordneten Anschaffung fremdländischer Münzsorten letztere um einen höheren als den Börsepreis angeschafft habe, da die Bekl. nicht einmal behauptet, dass Kl. bei der in Rede stehenden Gelegenheit unredlich oder doch in böswilliger Absicht gehandelt habe und da es sich somit nicht um ein Verschulden handelte, wobei auch die Geringfügigkeit des hiedurch entstandenen Schadens, welcher nicht mehr als 74 kr. betrug, in Betracht gezogen werden muss. Dem Kl., welcher im Juli 1879, also unzeitgemäss entlassen worden ist, gebürt somit ohnweiters im Sinne des § 79 des kais. Pat. vom 20. Dec. 1859 (RGB. 227), welcher im § 105 auch auf Handelsgehilfen für anwendbar erklärt wurde, ohneweiters das Recht, sein Salair bis Ende Sept. 1879 und mithin auch den klagbar geltend gemachten, nicht bezogenen Gehalt pro Aug. und Sept. zu verlangen und das Klagebegehren stellt sich demnach als vollkommen gesetzlich begründet dar, wo hingegen offenbar zur Vertheidigung der Bekl. der Umstand nicht beitragen kann, dass Kl. bei seinem Austritte aus dem Dienste die Annahme des eingeforderten Betrags von 70 fl. verweigert hatte, da eine Weigerung unter solchen Umständen und in der Weise, wie sie der Zeugenaussage des Y zufolge geschah, keineswegs die Wirkung einer ernstlichen Verzichtleistung des Kl. auf das mit der gegenwärtigen Klage geltend gemachte Recht nach sich ziehen kann.

Vom OLG. wurde die Klage abgewiesen. Gründe: Kl. gibt zu und es ist vom Zeugen Y bestätigt worden, dass ersterer die Zahlung von 105 fl., welche Bekl. ihm nach seiner Dienstentlassung für die Monate Juli, Aug., Sept. 1879 anbot, zurückgewiesen habe. Er erhielt nachträglich nur 35 fl., welche ihm für den Monat Juli gebürten und liegt anderseits also dessen Weigerung vor, die für die Monate Aug. und Sept. 1879 gebürenden 70 fl. in Empfang zu nehmen, welche nun mittelst Klage beansprucht werden. Er verzichtet somit auf eine Forderung, welche er eventuell hätte geltend machen können und diese Verzichtleistung war eine ernstliche und freiwillige und wurde von der bekl. Firma angenommen, was schon dadurch ausser Zweifel gesetzt ist, dass Bekl. im gegenwärtigen Rechtsstreite erklärt hat, die 70 fl zurückzubehalten, sowie auch dadurch, dass diese Summe nach erfolgter Verzichtleistung dem Kl. nicht mehr angeboten, und dass ihm nur die für den Monat Juli ihm gebürenden 35 fl. bezahlt wurden. Und wenn auch die Angabe des Kl. als wahr angenommen würde, dass die angebotene Bezahlung nur für den Moment zurückgewiesen wurde, so würde dieses sein Betragen gegen den Principal den ihm von diesem geäusserten und vom Zeugen Y bestätigten Vorwurf des Mutwillens und der Arroganz nur gerechtfertigt erscheinen lassen. Wenn man überdies Rücksicht nimmt, dass, wie Zeugen Y und X sagen, die Dienstesverrichtungen des A nicht entsprechend waren, dass er unter Ausserachtlassung der allergewöhnlichsten Aufmerksamkeit für die angeschafften Münzsorten einen höheren Betrag bezahlte, als der im Curszettel notierte Preis war, so ergeben sich hinreichend wichtige Gründe für die unmittelbare Auflösung des Dienstverhältnisses im Sinne des Art. 62 Hgb., welche dem Kl. kein Recht gewähren auf Zahlung des Dienstlohns für die darauf folgenden zwei Monate.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her aus nachstehenden Gründen: Unter Bezugnahme auf die erstr. Begründung wird derselben noch beigefügt, dass die Gründe, aus welchen ein Dienstherr seinen Gehilfen vor der Zeit entlassen kann, im Art. 64 Hgb. nicht taxativ aufgeführt sind, dass dieselben jedoch wichtige sein müssen (Art. 62) und diese Wichtigkeit zu beurtheilen ist dem Ermessen des Richters überlassen. Nun ist die Aussage des Zeugen X ganz unerheblich, weil derselbe einfach bezeugt, der Kl. sei ein wenig langsam oder lässig gewesen. Dagegen können die Fehler, deren Zeuge Y Erwähnung thut, als wichtig genug und als solche, welche die unmittelbare Entlassung des Kl. rechtfertigen würden, nicht bezeichnet werden. Mit Recht hat denn auch die erste

Instanz dafürgehalten, dass den Worten, womit die Annahme des Lohns für das ganze Vierteljahr verweigert wurde, in Anbetracht der Umstände und der Art und Weise, in welcher die Weigerung erfolgte, nicht die Wirkung einer ernstlichen und wirksamen Verzichtleistung von Seite des Kl. beigelegt werden könne.

221.

1. Geltung der vom Agenten, welcher das Geschäft vermittelt hat, bei der Entgegennahme der Bestellung eingegangenen, wenn auch in den Bestellschein nicht aufgenommenen Verbindlichkeiten dem Geschäftsherrn gegenüber.* — 2. Vertheilung der Beweislast bei einem qualificierten Widerspruch (Geständnis).

* Vgl. Bd. I Nr. 291; Bd. II Nr. 151; Bd. III Nr. 16; Bd. IV Nr. 777.

(E. 8. Jän. 1889, Z. 12901.)

Gegen die Klage des Nähmaschinenhändlers A auf Zahlung des restlichen Kaufpreises von 90 fl. wendete der bekl. Schuhmacher B ein, dass er mit dem Kl. persönlich nicht contrahiert, vielmehr mit dessen Agenten C den Kaufvertrag dahin abgeschlossen habe, dass die Nähmaschine um den Preis von 95 fl. zu liefern, hingegen die alte Maschine des Gekl. um den Preis von 50 fl. im Tauschwege übernommen werden solle. Gleichzeitig habe sich C verpflichtet, dem Gekl. die neue Maschine zusammenzustellen und demselben das Nähen auf dieser Maschine zu lehren. Da C nicht kam, um die Zusammenstellung der Maschine zu besorgen, und auch seiner Verpflichtung zum Unterrichte im Gebrauche der Maschine nicht nachgekommen sei, habe Gekl. von dem ihm durch C eingeräumten Rücktrittsrechte (auf 3 Monate) Gebrauch gemacht und die Maschine zurückgeschickt. Der 1. R. erkannte auf den vom Gekl. über diese vom Kl. widersprochenen Behauptungen angebotenen Beweis durch den Haupteid und verurtheilte den Gekl., wenn ihm der Beweis nicht gelingt. Das OLG. sprach dem Kl. den Theilbetrag des Kaufschillings per 40 fl. unbedingt, den Restbetrag per 50 fl. unter der Bedingung zu, dass der Gekl. durch den rückgeschobenen Haupteid den Beweis darüber nicht herstelle, es sei wahr, dass der Agent C versprochen habe, auf Abschlag des mit 95 fl. vereinbarten Kaufpreises der dem Gekl. zu liefernden Nähmaschine eine alte Nähmaschine desselben um den Preis von 50 fl. anzunehmen. Gründe: In der Appellationsbeschwerde des Kl. wird ebenso wie in seinen Processreden mit Recht als für die Entscheidung dieser Streitsache zunächst von ausschlaggebender Bedeutung die Frage hingestellt, ob der Agent C des Kl. bei seinen Verhandlungen mit dem Gekl. lediglich die Rolle des Boten — richtig Mäklers — oder jene eines Bevollmächtigten hatte. Diese Frage ist vom 1. R. mit Recht im letzteren Sinne entschieden worden. Dies ergiebt sich zunächst aus dem Complex von Rechtssätzen, welche auf diesen Rechtsstreit Anwendung finden, nemlich dem Handelsrechte. Denn da der Kl. vermöge des gewerbsmässigen Betriebs des Speculationskaufs nach Art. 271 Z. 1 und Art. 4 Hgb. zweifellos als Kaufmann erscheint, so kommen auch gegenüber dem Gekl., einem Nichtkaufmanne, nach Art. 277 Hgb. die Bestimmungen des Handelsrechts zur Anwendung. Nun ist aber bei Beurtheilung von Handelsgeschäften nach Art. 278 Hgb. stets unter Festhaltung des Grundsatzes, dass Geschäfte vorliegen, welche nur beim Vertrauenkönnen auf „Treu und Glauben" möglich sind, der wahre Wille der Parteien aus den vorliegenden Umständen in freier Würdigung der Verhältnisse zu erforschen. Hält man hieran fest, so kann kein Zweifel bestehen, dass die Kunden berechtigt sein müssen, die von den verschiedenen Geschäftshäusern ausgesendeten Agenten nicht als blosse Vermittler von Handelsgeschäften, sondern als zum Abschlusse von solchen bevollmächtigte Stellvertreter anzusehen, soferne nicht die allgemein bekannten Verhältnisse einer Firma oder die besonderen Umstände des Falls einer solchen Annahme entgegenstehen. Denn andernfalls wäre ja in den meisten Fällen die Kunde, welche ihrerseits feste Zusagen zu machen genötigt ist, ohne in continenti die Gegenerklärung zu besitzen, in eine Ungewissheit versetzt, welche den für den Handelsverkehr so förderlichen persönlichen Zusammentritt des einen mit dem andern Contrahenten durch das Mittel eines Stellvertreters vollständig illusorisch machen

werde. Abgesehen hievon, lässt aber im gegebenen Falle sich umsoweniger an der Qualification des erwähnten Agenten als Bevollmächtigten zweifeln, als derselbe mit Blanquetten von Bestellbriefen versehen war, welche die Fixierung der verschiedenartigen Lieferungsbedingnisse, insbesondere auch die Stipulierung eines Umtausches von alten gegen neue Maschinen gestatteten. Indem nun C den von dem Gekl. ausgefüllten und von C selbst unterschriebenen Bestellbrief entgegengenommen hat, ist der ihren Vereinbarungen entsprechende Vertrag allerdings nicht, wie der 1. R. richtig betont hat, durch die Schriftform, sondern mündlich zustandegekommen und hiedurch unmittelbar der Kl. berechtigt und verpflichtet worden. Gelingt nun dem Bekl. der Beweis, dass gelegentlich des Zustandekommens des Nähmaschinenkaufs, betreffend die Zahlung des Kaufpreises, die Hingabe einer alten Nähmaschine an Zahlungsstatt für 50 fl. vereinbart wurde, so ist jedenfalls in Ansehung dieses Betrags das Klagebegehren abzuweisen, und hat es Kl., falls er sich diesfalls in einem Irrtume befand, nur dem incorrecten Vorgehen seines Agenten zuzuschreiben, welcher es unterlassen hat, bei Ausfüllung des Bestellzettels auch diese Vertragsbestimmung in demselben zum Ausdrucke zu bringen. Betreffend den Beweis dieser Verabredung ist gegenüber dem kl. Proteste gegen den Haupteid nur zu bemerken, dass es sich hier um eine Thatsache handelt, von welcher der Kl. durch Rücksprache mit seinem Agenten sehr leicht Kenntnis erlangen konnte, und dass die Behauptung des Kl., dass ein aufgetragener Haupteid nur zulässig sei, wenn Delat von der Eidesthatsache unmittelbar Kenntnis erlangt habe, angesichts der Bedeutung des Beisatzes: „seines Wissens und Erinnerns", mit welchem der deferierte Schiedseid abzulegen kommt, unrichtig ist. Da demnach die Eidesauftragung rechtlich zulässig war und Kl. diesen Eid zurückgeschoben hat, war auf denselben zu erkennen, diesfalls also das erstr. Urtheil mit Verwerfung der in diesem Punkte grundlosen Appellation zu bestätigen. Hingegen erwies sich die Rechtsmittelbeschwerde, betreffend das Erkenntnis über den Betrag von 40 fl., dessen Zuspruch der 1. R. von dem Misslingen des Beweises über die vom Bekl. behaupteten Verabredungen beim Vertragsabschlusse abhängig gemacht hat, als begründet. Denn die vom 1. R. im ersten Absatze des in Beschwerde gezogenen U. unter Beweis gestellten Vereinbarungen lassen sich als Bedingungen des Vertragsabschlusses nicht auffassen und erweisen sich auch nicht als Stipulationen, aus welchen der vom Agenten C vertretene Kl. verpflichtet werden sollte, indem daselbst nicht Leistungen des Kl. versprochen wurden. Nach diesen Vereinbarungen sollte vielmehr nur der Agent C, welcher selbstverständlich am Zustandekommen des Vertrags rechtlich interessiert erschien, zum Thätigwerden im Interesse des Gekl. verpflichtet werden, so dass aus der Nichtleistung der diesen Verpflichtungen entsprechenden Thätigkeiten Handlungen seitens C's für den Gekl. die Einwendung des nicht erfüllten Vertrags gegenüber dem Kl. nicht entstehen, vielmehr dem Gekl. nur eventuell eine Klage gegen C auf Leistung, resp. Schadenersatz begründet werden konnte. Die oben erwähnten Vereinbarungen sind demnach für die Entscheidung über den restlichen Kaufschilling von 40 fl. nicht ausschlaggebend, weshalb von einer Beweisführung über dieselben abzusehen war. Es musste in diesem Punkte daher das erstr. U. abgeändert werden.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her mit nachstehender Begründung: Der Kl. verlangt vom Bekl. die Bezahlung des Kaufschillingsrests aus einem Kaufgeschäfte, welches nach seinen Ausführungen in den Processreden gegen Barzahlung des ganzen Kaufschillings per 95 fl. von Seite des Bekl. und ohne Uebernahme einer anderen Verpflichtung, als jener der Uebergabe des Kaufobjects von seiner Seite abgeschlossen worden sein soll, während der Bekl. bestreitet, dass die Vereinbarung über das Kaufgeschäft in dieser Art zustandegekommen sei und den bezüglichen Sachverhalt dahin berichtigt, dass zufolge der zwischen ihm und den Agenten des Kl. A getroffenen Verabredung der Kl. eine alte Nähmaschine des Bekl. mit Abrechnung eines Betrags von 50 fl. vom Kaufpreise im Eintausche zu nehmen und der genannte Agent auch die Zusammenstellung der erkauften Maschine und den Unterricht des Bekl. in der Arbeit des Steppens mit derselben zu besorgen haben sollte. Diese Vertheidigung des Bekl. ist ihrer processualen Bedeutung nach ein den kl. Behauptungen entgegengestellter qualificierter Widerspruch, welcher den Kl. von der ihm nach den allgemeinen Grund-

sätzen über die Beweispflicht obliegenden Verbindlichkeit, für seine vom Bekl. widersprochenen Behauptungen auch den Beweis zu erbringen, nicht befreien kann. Beide unterger. Urtheile enthalten daher eine Verletzung dieser Grundsätze, indem sie den Zuspruch der eingeklagten Forderung davon abhängig machen dass der Bekl. den von ihm vorsichtshalber angebotenen Beweis über den Vertragsabschluss unter den von ihm widersprochenerweise behaupteten Bestimmungen nicht erbringt, und demselben hiedurch eine Beweislast aufbürden, welche ihn nach dem Gesetze zunächst nicht treffen kann. Vielmehr war dem Kl. die Verbindlichkeit aufzuerlegen, den Beweis über das Zustandekommen des Kaufvertrags mit dem von ihm behaupteten Inhalte, soweit derselbe vom Bekl. bestritten wurde, daher insbesondere auch darüber herzustellen, dass der Kaufvertrag ohne jede weitere Verbindlichkeit des Kl., also auch nicht mit jenem der Zusammenstellung der erkauften Maschine beim Bekl. und des Unterrichts des letzteren im Steppen vereinbart worden sei, indem es allerdings als eine Verbindlichkeit des Kl. und nicht blos als eine solche des bevollmächtigten Agenten C anzusehen wäre, wenn dieser und der Bekl. eine hierauf bezügliche Verabredung getroffen hätten. Nachdem jedoch der Bekl. wider das erstr. U. eine Appellation nicht ergriffen hat, kann über dessen Revisionsbeschwerde eine Abänderung des ihm ungünstigeren o. g. U. auch nur dadurch stattfinden, dass an dessen Stelle das ihm günstigere b. g. U. wiederhergestellt wird, welches Ziel übrigens der Bekl. mit seiner Revisionsbeschwerde laut deren Schlussbitte auch alleinig anstrebt.

222.

Handelsgewerblicher Charakter der von einem Kaufmann aus Gefälligkeit übernommenen Besorgung der Uebersendung einer Waare an einen anderen?

(E. 20. Febr. 1889, Z. 1842. — JBl. 25.)

Gegen die beim st. d. BG. angebrachte Klage des A gegen B auf Herausgabe einer diesem von C zur Uebersendung an den Kl. beigepackten Waare, eventuell Zahlung von 99 fl., erhob der Gekl. die Einwendung der Incompetenz, welche, vom 1. R. zugelassen, vom OLG. verworfen wurde. Denn die dem Anspruche des Kl. zugrunde liegenden Thatsachen sind nicht geeignet, den Bestand eines Handelsgeschäfts klarzustellen, vielmehr schliessen sie die Annahme eines solchen aus, weil die Beipackung der drei Packete als eine Gefälligkeit verlangt und als solche auch übernommen wurde, weil ferner ein Entgelt für diese Beipackung weder begehrt noch bewilligt, die Beipackung vielmehr unentgeltlich geleistet wurde, rücksichtlich geleistet werden sollte. Solche Gefälligkeitsacte können aber nicht als Handelsgeschäfte, nicht als zum Betriebe des Handlungsgewerbs gehörig erkannt werden. Noch weniger kann in dem Thatbestande eines der im Art. 272, Abs. 3 des Hgb. genannten Geschäfts erkannt werden, weil die gekl. Firma nur ein Manufacturwaarengeschäft betreibt, und weil es sich nur um die Beipackung in die mit den Weisswaaren der gekl. Firma bereits gefüllte Kiste handelt. Die genannte Einwendung kann daher auf die Art. 272, 273 und 274 Hgb. und auf die §§. 38 und 39 des EinfG. z. Hgb. nicht gestützt werden, und da in den nicht zur Causalgerichtsbarkeit gehörigen Streitigkeiten einer Handelsgesellschaft jenes Gericht competent ist, in dessen Sprengel sie ihren Sitz hat, so wird obige Einwendung als unstatthaft erkannt.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. unter Hinweisung auf dessen Begründung, sowie in der Erwägung, dass die Ausführungen der Revisionsbeschwerde selbst erkennen lassen, dass auch Handelsgesellschaften in den Fall kommen können, aus geschäftlichen Interessen Verpflichtungen in Ausübung eines Acts der Gefälligkeit zu übernehmen, dass im Processe nichts vorgebracht wurde, woraus die Berechtigung des Anspruchs auf eine Entlohnung gefolgert werden könnte, dass übrigens die Annahme einer solchen Berechtigung mit der in der Revisionsbeschwerde enthaltenen Darlegung des geschäftlichen Interesses, welches die gek. Gesellschaft an der Erhaltung der Kundschaft des Kl. hatte, unvereinbar wäre, und dass daher das fragliche Rechtsgeschäft sich weder nach Art. 272, 273, noch nach Art. 274 Hgb. als ein Handelsgeschäft darstellt.

223.

1. Wechselunfähigkeit des im Sinne des § 246 bGb. beschränkt vertragsfähigen Minderjährigen. — 2. Begriff einer eigenen Haushaltung im Sinne des § 174 bGb. — 3. Unerheblichkeit der späteren Anerkennung eines ungiltigen Wechsels.

(E. 1. März 1889, Z. 12692 ex 1888. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 442.)

Auf Grund des Wechsels dd. 1. April 1887 über 142 fl. 29 kr., von A ausgestellt und von B acceptiert, erwirkte Ersterer den Zahlungsauftrag vom 7. Febr. 1888, gegen welchen B unter Vorlegung des Geburtsscheins, wonach er am 10. Juli 1863 geboren ist, seine Minderjährigkeit, somit seine Wechselunfähigkeit einwendete. Dagegen bringt A vor: 1. Dass der Bel., weit entfernt von seiner in Wien domicilierenden Familie wohnend, einen abgesonderten Haushalt führt, er sonach im Sinne des § 174 bGb. aus der väterlichen Gewalt ausgetreten ist; 2. dass er als Beamter der Kaiser Ferdinands-Nordbahn einen Gehalt jährlicher 600 fl. bezieht, sonach gemäss § 246 bGb. mit dem, was er durch Fleiss erwirbt, giltig verfügen und auch eine Verfügung hinsichtlich des obbezeichneten Gehaltes treffen kann, und 3. dass er unterm 10. Juli 1887, also zur Zeit seiner Grossjährigkeit die streitige Wechselschuld anerkannte, um Verlängerung des Zahlungstermins ersuchte und die Zahlung versprach, sonach des Rechts der Einbringung der Einwendung der Minderjährigkeit verlustig wurde. In den Vorinstanzen wurde hierauf der Zahlungsauftrag aufgehoben.

Der OGH. fand dem a. o. Revisionsrecurse des Kl. keine Folge zu geben, weil die Voraussetzungen, unter welchen gleichförmige Urtheile nach Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) aufgehoben oder abgeändert werden können, nicht zutreffen. Eine Nichtigkeit wird weder behauptet noch von amtswegen wahrgenommen. Aber auch eine Ungerechtigkeit ist in den unterger. Urtheilen nicht enthalten, da es durch den Taufschein erwiesen ist, dass der Gekl. zur Zeit der Acceptierung des Klagewechsels noch minderjährig war, der Umstand aber, dass derselbe als Beamter der Kaiser Ferdinands-Nordbahn angestellt war, in Bezug auf die Vertrags-, bez. Wechselfähigkeit desselben unentscheidend ist, da die Anstellung in einem Staats- oder Privatdienste nach dem Gesetze die stillschweigende Entlassung aus der väterlichen Gewalt nicht nach sich zieht. Wenn es nun die Anstellung des Gekl. mit sich brachte, dass er abgesondert von seinem in Wien wohnenden Vater wohne, so kann dies an sich selbst dann, wenn er seinen Unterhalt aus seinem Lohne bestritt, als eine ausdrückliche Gestattung der Führung einer eigenen Haushaltung im Sinne des § 174 bGb. nicht angesehen werden, weil nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche (§ 6 bGb.) unter der Führung einer Haushaltung zu verstehen ist, dass der Betreffende mit anderen Personen im gemeinschaftlichen Haushalte lebe und dem Hauswesen vorstehe. Die im § 246 bGb. einem Minderjährigen eingeräumte beschränkte Vertragsfähigkeit macht denselben noch nicht wechselfähig im Sinne des Art. 1 WO. Der Klagewechsel war also wegen Minderjährigkeit des Acceptanten gegen denselben ungiltig und die angebliche nachträgliche Anerkennung der Schuld seitens des Gekl. kann diesem Wechsel die Wechselkraft nicht gewähren, weil die wechselrechtliche Verpflichtung eben nur durch die Wechselurkunde begründet wird und eine mündliche Erklärung nur eine gemeinrechtliche Forderung, keineswegs aber einen wechselrechtlichen Anspruch begründen kann.

224.

1. Anfechtung eines Wechselaccepts im Concurse durch die Einrede der nicht zugezählten Valuta. 2. Zulässigkeit der Zuschiebung des irreferiblen Haupteids über die Nichtzuzählung der Valuta.

(E. 27. Febr 1889, Z. 1371.)

Der vom 1. R. unbedingt zugelassenen Liquidierungsklage wurde vom OLG. nur für den Fall stattgegeben, wenn die Kl. den ihr aufgetragenen irreferiblen Haupteid des Inhalts: „Es sei ihres Wissens und Erinnerns unwahr, dass B von ihr auf den Klagewechsel über 200 fl. die Valuta nicht zugezählt er-

halten habe", ablegt. Gründe: Nach Art. 82 WO. kann sich der Wechselschuldner nicht nur solcher Einreden bedienen, die aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, sondern auch jener, welche ihm unmittelbar wider den jeweiligen Kl. zustehen. Vorliegend handelt es sich um das Rechtsverhältnis zwischen der Kl. als Remittentin und der gekl. Concursmassa des Ausstellers des eigenen Wechsels und es steht sohin, wie der Gerichtshof erster Instanz richtig annimmt, die von der Letzteren erhobene Einwendung der nicht empfangenen Valuta derselben unmittelbar gegen die Kl. zu. Trotzdem nun die Zulässigkeit dieser Einwendung in erster Instanz anerkannt wurde, fand dieselbe doch keine Berücksichtigung u. zw. deshalb nicht, weil die gekl. Concursmassa keine Thatsachen angeführt habe, aus denen erschlossen werden könnte, dass die Zuzählung einer Valuta bedungen, und dass von dieser Zuzählung die Verpflichtung zur Bezahlung des im Klagewechsel verschriebenen Betrages abhängig geworden sei. Allein hiebei wurde übersehen, dass es der Anführung solcher Thatsachen seitens der Gekl. nicht erst bedurfte, weil deren Bestand von der Kl. selbst zugestanden wird. Die Kl. führt nemlich in ihrer Klage selbst an, dass B nach Erhalt der Wechselvaluta den eigenen Wechsel unterschrieben hat und specificiert diese Angabe in der Replik noch näher, indem sie dort behauptet, dass die Zuzählung der Wechselvaluta thatsächlich geschehen ist. Diese Angaben und ebenso auch der Inhalt des Klagewechsels lassen über die Natur des dem Wechsel zugrunde liegenden Verhältnisses und speciell darüber, dass dasselbe ein entgeltliches war, nicht den geringsten Zweifel übrig und ergiebt sich hieraus die notwendige Folge, dass die Kl. von dem Wechselaussteller die Zahlung der in dem Klagewechsel verschriebenen Summe nur dann zu fordern berechtigt ist, wenn erwiesen vorliegt, dass der Wechselaussteller von ihr die Valuta des Klagewechsels erhalten hat. Die Anschauung der Kl., dass B schon vermöge seiner bedingslosen und unbeschränkten Unterfertigung des Klagewechsels zur Bezahlung der Wechselsumme am Verfallstage verpflichtet ist, findet die Widerlegung in der Vorschrift des Art. 82 WO. Der Umstand, dass der Klagewechsel den Vermerk trägt: „Den Wert erhalten", befreit lediglich die Kl. von dem ihr sonst obliegenden Beweise über die Zuzählung der Valuta, kann aber nicht der Gekl. die Möglichkeit benehmen, ihrerseits zu erweisen, dass die Zuzählung der Valuta des Klagewechsels nicht erfolgt ist. Diesen Beweis hat die Gekl. durch Auftragung des irreferiblen Haupteides geführt, auf den sonach bei Abgang anderer zulässiger Beweise erkannt und in Abänderung des U. erster Instanz die Entscheidung dieser Rechtssache von dem Ausfalle dieser Beweisführung abhängig gemacht werden musste. Der von der Kl. gegen die Zulässigkeit dieses Eides erhobene Protest kann keine Beachtung finden, weil der Eid über eine Thatsache aufgetragen ist, von welcher die Kl. Kenntnis haben muss, dagegen der Verwalter der gekl. Concursmassa, nachdem die Kl. nicht zu behaupten vermag, dass die Geschäftsbücher des Cridatars über das in Frage kommende Wechselgeschäft eine Eintragung erhalten und von dem Massaverwalter das Gegentheil behauptet wird, keine Kenntnis haben kann.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. Gründe: Das U. des k. k. OLG. ist durch die demselben beigefügte Begründung gerechtfertigt und wurde unter Verweisung auf dieselbe und überdies aus der folgenden Erwägung bestätigt. Dem gegen die Concursmassa des B, über dessen Vermögen am 5. Juli 1887 der Concurs eröffnet worden ist, auf Grund des von demselben ausgestellten eigenen Wechsels klagbar verfolgten Anspruche auf Liquidanerkennung der in dem Wechsel der Kl. als Remittentin verschriebenen Forderung wird von dem Concursmassaverwalter die Einwendung entgegengestellt, dass B von der Kl. die Wechselvaluta nicht zugezählt erhalten habe. Damit wird dem Wesen nach die von B durch jene Wechselverschreibung vorgenommene Rechtshandlung als eine unentgeltliche Verfügung desselben über das ihm gehörige Vermögen dargestellt und im Sinne der §§ 2 und 3 II. Z. 1, des Gesetzes vom 16. März 1884 (RGB. 36) als der Gläubigerschaft des Cridatars gegenüber unwirksam angefochten. Zu der Anfechtung dieser Rechtshandlung des Cridatars ist, da auf Grund derselben die Concursmassa in Anspruch genommen wird, der Massaverwalter namens der Gläubigerschaft berechtigt und die Geltendmachung des Anfechtungsrechts mittelst der Einwendung zulässig; durch den zugelassenen Haupteid soll der das Anfechtungsrecht begründende daher entscheidende Thatumstand erwiesen werden und

ist das gegen die Zulässigkeit dieses Eides geltend gemachte Bedenken der Unbestimmtheit unbegründet, da darüber, was unter der Wechselvaluta, deren Zuzählung in Frage steht, zu verstehen sei, ein Zweifel füglich nicht besteht und für die Irreferibilität des Haupteides der von dem Massaverwalter behauptete Umstand spricht, dass weder die Wechselforderung noch der Eingang der Valuta aus den Geschäftsbüchern des Cridatars ersichtlich ist.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

225.

Zulässigkeit der gerichtlichen Kündigung einer nicht verbücherten Schuld.

Vgl. Bd. III Nr. 258; Bd. VI Nr. 121. 244.

(E. 30. April 1889, Z. 4858.)

In den Vorinstanzen wurde das Gesuch um Mittheilung der Kündigung eines Schuldcapitals abgewiesen, weil die Gerichte zur Intimation von Kündigungen grundbücherlich nicht sichergestellter Capitalien nicht berufen seien. Der OGH. verfügte die aufrechte Erledigung des Gesuchs in Erwägung, dass aus der Bestimmung des § 59 GebG., zufolge welcher nur eine gerichtliche oder notariell beurkundete Aufkündigung einer Hypothekarforderung im Grundbuche angemerkt werden kann, keineswegs folgt, dass eine gerichtliche Aufkündigung einer nicht grundbücherlich versicherten Forderung unzulässig sei; dass auch durch andere Gesetze eine solche Aufkündigung nicht verboten ist, und dass sie vielmehr in analoger (§ 7 bGb.) Anwendung des § 1334 bGb. als zulässig erkannt werden muss.

226.

Pflegschaft für die Kinder eines in seinem hierländigen Domicil verstorbenen Ausländers: Provisorischer Charakter der Vormundschaft.

(E. 7. Mai 1889, Z. 5475.)

Den Kindern des in Wien verstorbenen M, Consuls der Republik Peru, wurden deren Mutter zur provisorischen Vormünderin und A zum prov. Mitvormunde bestellt und dieselben gleichzeitig aufgefordert, einen Ausweis über die Staatsangehörigkeit des Verstorbenen vorzulegen. Dem Recurse der Vormünder gegen ihre blos provisorische Bestellung wurde keine Folge gegeben in der Erwägung, dass der Erblasser selbst in seinem Testamente vom 12. April 1881 sich als einen Staatsangehörigen der Republik Peru bezeichnet, und dass laut des in dem Abhandlungsacte erliegenden Auszugs aus dem Volkszählungsbuche v. J. 1880 daselbst der in Grossbreitenbach in Deutschland geborene M als Fremder und angeblich in Peru heimatsberechtigt eingetragen ist, dass daher, wenn auch noch nicht dargethan werden konnte, welchem Staate er angehört, doch soviel ausser Zweifel steht, dass er kein österreichischer Staatsbürger war; dass nach § 183 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208), wenn ein Ausländer ein in dem österreichischen Staate befindliches Kind „hinterlässt“, das Gericht demselben einen Vormund für solange zu bestellen hat, bis von der zuständigen ausländischen Behörde eine andere Verfügung getroffen wird; dass in dieser Gesetzesstelle die Fälle, wo der Vater des Kinds in Oesterreich seinen ordentlichen Wohnsitz oder nur seinen vorübergehenden Aufenthalt hatte, nicht unterschieden werden; in der Erwägung, dass, wenn auch nach §§ 83 und 84 in Verbindung mit §§ 13, 20 und 29 a JN. zur Vormundbestellung jenes Gericht berufen erscheint, in dessen Sprengel der Vater der Minderjährigen seinen ordentlichen Wohnsitz hatte und wenn auch daselbst eine Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern nicht gemacht ist, doch hinsichtlich der Ausländer die im § 183 des der JN. nachgefolgten kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 enthaltene Vorschrift über die Art und Weise der Bestellung der Vormundschaft maassgebend erscheint; dass bezüglich der Ausländer auch allfällige Staatsverträge, soferne sie Bestimmungen über Pflegschaftssachen enthalten, und die Gegenseitigkeit nicht unbeachtet bleiben können; dass die von dem Erblasser testamentarisch hin-

sichtlich der Führung der Vormundschaft durch das competente österreichische Gericht getroffene Verfügung für die vorliegende Frage nicht maassgebend erscheint, ebensowenig der Umstand, dass der Erblasser in Oesterreich gelegenes unbewegliches Vermögen hinterliess, letzterer Umstand umsoweniger, als, wenn in der Folge die Vormundschaft an eine ausländische Behörde übergehen sollte, in Ansehung dieses Vermögens von dem inländischen Gerichte nach § 225 bGb. vorzugehen wäre; dass somit die blos provisorisch verfügte Bestellung der Vormundschaft gesetzlich gerechtfertigt erscheint.

Dem a. o. Recurse fand der OGH. keine Folge zu geben, weil in den angef. E. eine nach § 16 des Ges. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) zu deren Abänderung berechtigende Gesetzwidrigkeit nicht wahrzunehmen ist, dieselben vielmehr durch die beigegebene Begründung nach der dermaligen Sachlage gerechtfertigt erscheinen, zumal der abgeforderte Ausweis über die Staatsangehörigkeit des Erblassers bisher noch nicht erstattet worden ist.

227.

Wirkung des Erwerbs einer fremden Staatsbürgerschaft seitens minderjähriger Oesterreicher auf deren hierländige Curatel: Zulässigkeit der Ausfolgung ihres Waisenvermögens in das Ausland.

(E. 29. März 1889, Z. 3356.)

Dem Gesuche des in Nordamerika naturalisierten Vaters und des ebenfalls dahin ausgewanderten Curators minderjähriger Oesterreicher um Ausfolgung des in der Waisencasse verwalteten Vermögens der Letzteren wurde vom 1. R. keine Folge gegeben, weil durch die Erlangung des amerikanischen Staatsbürgerrechts von Seite des Vaters der minderjährigen Kinder die Zuständigkeit des BezG. H als Curatelsbehörde nicht aufhört, dieses Gericht vielmehr in Gemässheit des § 86 JN. bis zur Beendigung der Curatel zuständig bleibt. Auch der Recurs der Einschreiter wurde unter Verweisung der Beschwerdeführer auf die gesetzmässige Begründung des angef. Bescheids und in der weiteren Erwägung abgewiesen, dass ein gesetzlicher Grund, welcher die Bewilligung der Erfolglassung des Vermögens der genannten Minderjährigen rechtfertigen würde, nicht vorliegt.

Dem a. o. Revisionsrecurse fand der OGH. Folge zu geben und das BezG. H anzuweisen, die zur Erfolglassung erforderlichen Maassnahmen zu treffen, da kein gesetzlicher Grund vorliegt, welcher der Bewilligung der Erfolglassung der Erbtheile der minderjährigen Kinder des M im Wege stünde.

228.

Unerheblichkeit der fremden Staatsbürgerschaft des in seinem hierländigen Domicil verstorbenen Erblassers für die Gebürenpflicht des hierlands abgehandelten Nachlasses nach § 694 bGb.

(E. 12. März 1889, Z. 2799. — NZ. 26.)

Dem Erben einer in Wien verstorbenen Ungarin wurden die Gebüren zum n. ö. Landesschulfonde und zum allgemeinen Versorgungsfonde bemessen. Seinem Recurse wurde vom OLG. keine Folge gegeben in der Erwägung, dass die Verlassenschaftsabhandlung keineswegs im Sinne des § 22 des Pat. v. 9. Aug. 1854 nur über das hierlands befindliche unbewegliche Vermögen der Erblasserin geführt wird, in welchem Falle dieses Gericht gemäss § 81 JN. und JMVdg. v. 30. Nov. 1858 (RGB. 222) zur Abhandlung gar nicht berufen gewesen wäre, sondern dass diese Abhandlung über ausdrückliches Verlangen des Erben gemäss §§ 24 und 140 des obigen Pat. über den gesammten hierlands befindlichen beweglichen und den in Oesterreich unter der Enns gelegenen unbeweglichen Nachlass gepflogen wird, dass daher die Verlassenschaft als in Wien abgehandelt anzusehen ist und nach den Hfd. v. 30. Aug. 1806 (JGS. 782), Decret der Centralfinanzhofcommission vom 21. Sept. 1811 (JGS. 959) und Ges. v. 18. Dec. 1871 (Nr. 1 LGB. ex 1872) die Fondsgebüren mit Recht von dem ganzen abgehandelten Nachlasse bemessen wurden.

Auch dem a. o. Revisionsrecurse wurde keine Folge gegeben in der Erwägung, dass die Verpflichtung zur Entrichtung der in § 694 bGb. erwähnten Gebüren nicht nach der Staatsbürgerschaft des Erblassers, sondern nach dessen Wohnsitz und nach der diesem Wohnsitze entsprechenden Zuständigkeit zur Verlassenschaftsabhandlung zu beurtheilen ist, dass die aus der Staatsbürgerschaft der Erblasserin ableitbare Exemtion von der Zuständigkeit des Gerichts des Wohnsitzes im vorliegenden Falle infolge des Einschreitens der Interessenten entfiel, dass der Anspruch auf die fraglichen nicht an den Staat zu entrichtenden Gebüren durch die bezüglich der staatlichen Gebüren getroffenen Verfügungen nicht berührt werden konnte, dass übrigens die Besorgnis vor einer doppelten Bemessung der im § 694 bGb. erwähnten Gebüren jeder thatsächlichen Grundlage entbehrt.

D. **Civilprocess.**

229.

Zuständigkeit der Gerichte für die Besitzstörungsklage hinsichtlich eines im Gemeingebrauche stehenden Kirchplatzes.

(E. 28. Dec. 1888, Z. 14956.)

Vom 1. R. wurde die von der Pfarrkirche x als Eigentümerin und Besitzerin des Kirchplatzes gegen Y erhobene Besitzstörungsklage, nachdem die beklagterseits berufenen Zeugen bestätigt hatten, dass der Kirchplatz im Gemeingebrauch stehe, wegen Incompetenz des Gerichts im Sinne des § 5 der Vdg. vom 27. Oct. 1849 zurückgewiesen. Das OLG. fand in Erwägung, dass es sich im vorliegenden Falle in erster Linie um die Frage handelt, ob sich die Kirche zuletzt im ruhigen Besitze des Kirchplatzes befunden habe, die Entscheidung dieser Frage aber den Gerichten zusteht und hierüber umsoweniger ein Zweifel obwaltet, als nicht vorliegt, dass in Bezug auf diesen Platz von Seite einer Verwaltungsbehörde bereits eine Verfügung getroffen worden sei, deren Durchführung durch den von der klagenden Kirche verlangten Anspruch beeinträchtigt werden könnte, den erstr. Endbescheid zu beheben und den 1. R. anzuweisen, in der Sache selbst zu entscheiden und hiebei auf sämmtliche bisher erwachsenen Kosten Rücksicht zu nehmen.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. unter Bezugnahme auf deren gesetzliche Begründung und in der durch die Ausführungen im Revisionsrecurse hervorgerufenen Erwägung, dass zur Entscheidung in Privatrechtsstreitigkeiten ausschliesslich die Gerichte berufen sind, für die Frage dieser gerichtlichen Zuständigkeit aber eben nur der Umstand maassgebend ist, dass der mit Klage vor Gericht geltend gemachte Anspruch auf die Normen des Privatrechts gestützt wird, wogegen es nach der Natur der Sache unentschieden ist, ob von gegnerischer Seite in subjectiver Richtung der Bestand des klägerischen Anspruchs oder in objectiver Beziehung der privatrechtliche Charakter der ansprüchig gemachten Sache bestritten wird, indem auch im letzteren Falle, wie dies von den Beschwerdeführern in ihrem Revisionsrecurse auch selbst ausgeführt wird, der Richter die rechtliche Natur des streitigen Objectes selbständig zu untersuchen und zu beurtheilen hat.

230.

Unzuständigkeit der Gerichte für Streitigkeiten über den Bestand von Giebigkeiten zur Schule.

(E. 14. Dec 1888, Z. 13790.)

Der OGH. verordnete, dass die in den Vorinstanzen angenommene Klage auf Anerkennung, dass die zur Ablösung provocierten, aus der Schulfassion vom 14. März 1792 herrührenden Giebigkeiten zur Schule in Zbyslau nach dem Gesetze erloschen sind, als zur gerichtlichen Verhandlung nicht geeignet, a limine rückgestellt werde. Gründe: Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der

§ 197 der politischen Schulverfassung für die deutschen Volksschulen und die Hfd. vom 18. August 1784, Nr. 322 und vom 13. Juni 1785, Nr. 444 JGS., die Streitigkeiten über die den Schullehrern unter was immer für einem Titel zu leistenden Giebigkeiten ausdrücklich den administrativen Behörden zuweisen, und dass diese gesetzlichen Vorschriften bisher nicht aufgehoben worden sind, vielmehr durch die neueren Volksschulgesetze ihre Bekräftigung erhielten. Das Gesetz vom 11. Mai 1869 (LGB. 87 für Böhmen), welches die Durchführung der Grundentlastung a) bezüglich der Naturalleistungen an Kirchen, Pfarren und Schulen, b) bezüglich der emphitheutischen Mühlen, Wirts- und Brantweinhäuser etc., c) bezüglich der im Egerlande bestehenden sog. Sackzinse, d) bezüglich der unveränderlichen Geldgiebigkeiten an Kirchen, Pfarren und Schulen, e) bezüglich der Verbindlichkeit der Schankwirte zur Abnahme der Getränke von den gewesenen Obrigkeiten etc. zum Gegenstande hat, verordnet nun allerdings im § 21, dass in dem Falle, wenn zwischen den Betheiligten eine Einigung nicht zustande kommt, und der Bezugstitel bestritten wird, die Entschädigung auf Grund des factischen Besitzstandes auszumitteln, das Erkenntnis zu schöpfen und der Partei, welche den Bezugstitel bestreitet, mit dem Bedenken zuzustellen ist, dass sie binnen vier Wochen den Rechtsweg zu ergreifen und sich binnen derselben Frist bei der Localcommission auszuweisen habe, dass die Klage eingebracht sei, widrigens das Recht zur Klage erloschen und das Entschädigungs-Erkenntnis nicht als rechtskräftig anzusehen wäre. Ueber diese Klage ist nach § 22 desselben Gesetzes summarisch zu verhandeln. Nach dem Wortlaute des berufenen Gesetzes wird zwischen den verschiedenen Gegenständen der Ablösung (§ 2 a—e) kein Unterschied gemacht; allein da das Gesetz den § 197 der Schulverfassung und die Hfd. vom 18. August 1784 und vom 13. Juni 1785, Nr. 322 und 444 JGS. nicht ausdrücklich behebt, die neueren gesetzlichen Bestimmungen, welche dem Gesetze vom 11. Mai 1869, Nr. 87 des LGB. für Böhmen nachgefolgt sind, nemlich: das Gesetz vom 19. Febr. 1870, Nr. 22 LGB. für Böhmen, das Gesetz vom 24. Febr. 1873, Nr. 16 und das Gesetz vom 24. Febr. 1873, Nr. 17 LGB. für Böhmen, das Gesetz vom 19. Dec. 1875, Nr. 86 LGB. für Böhmen, den Grundsatz nicht beseitigen, dass Streitigkeiten über die Giebigkeiten für Schullehrer von den administrativen, bezw. autonomen Organen auszutragen sind, so können die §§ 21 und 22 des Gesetzes vom 11. Mai 1869 nur dahin aufgefasst werden, dass die dort vorgesehene Verweisung auf den Rechtsweg nur bei jenen im § 2 a—e aufgeführten Gegenständen platzzugreifen habe, bezüglich welcher den Gerichten nach den bestehenden Vorschriften die Entscheidung überhaupt zusteht, und dass keineswegs eine Ausnahmsbestimmung für die Durchführung der Grundentlastung bezüglich der sonst der Entscheidung der administrativen, bezw. autonomen Behörden vorbehaltenen Gegenstände geschaffen wurde. Es muss daher dem Nullitätsrecurse der k. k. Finanzprocuratur umsomehr stattgegeben werden, als in der Klage die Natur der zu leistenden Giebigkeiten ausdrücklich nicht als eine privatrechtliche bezeichnet wird, sondern dieselben als ein Ausfluss des früher bestandenen Schulpatronats dargestellt werden wollen, welche mit dem Ende desselben auch nicht mehr von dem früheren Schulpatrone geleistet zu werden brauchen, sonach darüber kein Zweifel bestehen kann, dass es sich hier um Einkünfte eines Schullehrers aus einem öffentlichen Titel handelt, worüber ein Ausspruch den Civilgerichten nicht zusteht.

231.

Verhältnis des besonderen Gerichtsstands der Klagen in Verlassenschaftsangelegenheiten zur Causal- (Handels-) Gerichtsbarkeit.

(E. 9. Jän. 1889, Z. 14932 ex 1888. — GH. 22.)

Der OGH. bestätigte das die Einwendung der Unzuständigkeit des Handelsgerichts verwerfende o. g. E. mit Verweisung auf die demselben beigefügten „richtigen“ Gründe: Das kais. Pat. v. 20. Nov. 1852 (RGB. 251) unterscheidet im II. Hauptstücke ausdrücklich die Personal-, Real- und Causalgerichtsbarkeit und ergiebt sich schon hieraus, sowie aus dem Begriffe Causalgerichtsbarkeit, dass letztere eine zwingende ist, weil sonst der Grund, aus welchem das Gesetz den Causalgerichtsstand überhaupt statuiert, ein hinfälliger wäre. Dies wird bestätigt

durch die positive Anordnung des § 47 alin. 2 JN., wonach Angelegenheiten, welche einem Causalgerichtsstand ausschliesslich zugewiesen sind, nicht einmal durch die sonst über das Gesetz gestellte Uebereinkunft der Parteien vor ein anderes Gericht gezogen werden können, und es vermag darin die Bestimmung des § 59 JN. nichts zu ändern, weil auch in diesen Fällen das gewöhnliche Gericht nach den Bestimmungen des Handelsrechts, somit als Causalgericht zu entscheiden hat. Wenn demnach § 37 JN. für Klagen in Verlassenschaftsangelegenheiten dasjenige Gericht als zuständig erklärt, bei welchem die Verlassenschaft anhängig ist, so kann dies und zwar schon mit Rücksicht auf die Stellung dieses Paragraphen im System des Gesetzes, welches in diesem Abschnitte nur von der Personalgerichtsbarkeit handelt, nur auf Rechtssachen bezogen werden, welche sich zur Personalgerichtsbarkeit eignen, und müssen Rechtssachen, welche einem besonderen Causalgerichtsstande zuzuweisen sind, umsomehr ausgeschlossen werden, als der Tod des Erblassers eine Aenderung in der Qualität der von ihm geschuldeten Verpflichtungen nicht hervorbringt und Rechte dritter, welche sich aus dieser Qualität ihrer Forderung in Bezug auf die Competenz ergeben, dadurch nicht berührt werden können. Da es nun vorliegend keinem Zweifel unterliegt, dass die eingeklagte Forderung aus einem Handelsgeschäfte nach Art. 271 Hgb. resultiert, übrigens nicht bestritten wurde, dass die gekl. Firma protokolliert ist, gehört die Rechtssache, sei es nach § 38 ad 1 oder ad 2 des EinfG. zum Hgb. vor das Handelsgericht und kann die Bestimmung des § 37 JN. nicht eintreten.

Bemerkung der Redaction. Vgl. die bei Geller Justizgesetz, 3. Aufl., IV. JN. § 37 flg. mitgetheilten EE.

232.

Advocatenzwang: Vertretungsbefugnis des infolge strafgerichtlicher Verurtheilung von der Advocatur entfernten Rechtskundigen in eigener Sache.

(E. 22. Mai 1889, Z. 6073. — JBl. 25.)

Der OGH. verordnete die aufrechte Erledigung der in den Vorinstanzen wegen Mangels der rechtsfreundlichen Fertigung a limine zurückgewiesenen Mängelklage, in der Erwägung, dass dem Kl. durch die Vorschrift der lit. f des § 26 StG. lediglich die Advocatursbefähigung und jede Parteienvertretung vor öffentlichen Behörden entzogen ist, daher nach der vorbezeichneten Anordnung die Vertretung in seiner eigenen Angelegenheit als entzogen nicht betrachtet werden kann, und dass auch ein besonderer Grund, aus welchem Kl. vorliegendenfalls von seiner eigenen Vertretung gemäss Hfd. vom 22. Jan. 1845 (JGS. 862) auszuschliessen wäre, nicht nur nicht ersichtlich ist, sondern vielmehr die Gestattung dieser Selbstvertretung mit Rücksicht auf den Streit selbst als zweckmässig sich darstellt.

233.

Haftpflicht des Parteienvertreters für die Gebüren der Sachverständigen.

(E. 24. April 1889, Z. 4219. — JZ. 16.)

Der erstr. Auftrag an den Vertreter der Processpartei zur Zahlung der dem vernommenen Sachverständigen zuerkannten Gebüren wurde vom OLG. als gesetzwidrig behoben, weil der Advocat nicht verhalten ist, für die von ihm vertretene Partei die aufgelaufenen Sachverständigen-Gebüren aus eigenem Vermögen zu berichtigen, da die im § 24 der Vdg. vom 3. Juli 1854 (RGB. 169) ausgesprochene Verpflichtung lediglich die Commissions- und Reisekosten, die Zehr- und Ganggelder und die Zustellungsgebüren, nicht aber auch die Gebüren von Sachverständigen betrifft.

Der OGH. fand über Revisionsrecurs der Sachverständigen den erstr. Bescheid wiederherzustellen; denn der Advocat hat sich als den Bevollmächtigten des Gekl. ausgewiesen, die processualen Rechte des Gekl. betreffs Anbietung und Führung von Beweisen ausgeübt, weshalb das BG. berechtigt war, von Dr. J auch die Erfüllung der den ausgeübten processualen Rechten gegenüberstehenden Pflichten des

Gekl. in Anspruch zu nehmen und nicht verhalten werden konnte, die Gebüren der Sachverständigen von dem Gekl. selbst unmittelbar einzuheben; es konnte allerdings gemäss § 193 GO. vor Durchführung des vom Gekl. angebotenen Beweises durch Sachverständige ein entsprechender Kostenvorschuss von dem Beweisführer gefordert werden, die Unterlassung der Abforderung eines Kostenvorschusses hat jedoch nicht die Folge, dass der Richter die wirklich entstandenen Kosten nunmehr nicht von dem Advocaten einzuheben berechtigt sei; eine solche Folge kann insbesondere nicht daraus abgeleitet werden, dass im § 24 der Vdg. v. 3. Juli 1854 (RGB. 169) eine Haftungspflicht der Parteienvertreter betreffs der Gebüren der Sachverständigen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist; zu solchem Ausspruche fehlte der Anlass, weil diese Verordnung nicht die Gebüren der Sachverständigen zum Gegenstande hat; es kann vielmehr ohne Verletzung eines Gesetzes die dort ausgesprochene Haftung der Parteienvertreter für die dort bezeichneten Gebüren nach § 437 GO. auch auf die Gebüren der Sachverständigen angewendet werden.

234.

Zulässigkeit des Haupteids ungeachtet einer entgegenstehenden Zeugenaussage.

(E. 21. März 1889, Z. 2029. — IV. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 446.)

Kl., welcher die Zahlung eines restlichen Darlehens von 300 fl. anstrebt. begründet seinen Anspruch damit, dass Gekl. dem A im J. 1885 für Flachs einen Betrag von 400 fl. schuldete, dass er über Ersuchen des Gekl., er möge ihm die 400 fl. leihen und den A bezahlen, diesem thatsächlich für den Gekl. den Barbetrag von 400 fl. ausbezahlte und nach erfolgter Abzahlung von 100 fl. den Rest von 300 fl. noch zu fordern habe. Darüber werden die Zeugen A selbst und B geführt und dem Gekl. der rückschiebbare Haupteid aufgetragen. Nachdem die vom Kl. über die Thatsache des von ihm dem Gekl. im J. 1885 gegebenen Darlehens per 400 fl. geführten Zeugen A und B die zu erweisenden Thatumstände nicht bestätigt haben, erkannte der 1. R. auf den über das obige Darleihen vom Kl. angebotenen, demselben vom Gekl. rückgeschobenen Haupteid des Inhalts: „Es sei wahr, dass im J. 1885 der Gekl. den Kl. ersuchte, er möge ihm (dem Gekl.) 400 fl. leihen und dieselben dem A geben, und dass der Kl. für den Gekl. dem A den baren Betrag von 400 fl. übergab.“

Das OLG. fand das Klagebegehren unbedingt abzuweisen; denn, nachdem der Gekl. alle vom Kl. behaupteten, das Zustandekommen des Darlehens betreffenden Umstände widersprochen hat, hat auch der vom Kl. selbst geführte Zeuge A mit voller Bestimmtheit bestätigt, es sei nicht wahr, dass im Kl. infolge eines angeblichen Ersuchens von Seite des Gekl. den Barbetrag von 400 fl. übergeben habe, Kl. habe ihm, Zeugen, nie etwas für den Gekl. gezahlt, auch habe er namentlich alle Beträge, welche dieser ihm schuldete und zahlte, aufgezeichnet und es komme überhaupt unter diesen Beträgen ein Betrag von 400 fl. gar nicht vor. Hiedurch ist das Gegentheil dessen eidlich bestätigt, was der Kl. durch seinen ihm rückgeschobenen Haupteid darthun will, und da es unstatthaft erscheint, diesen Haupteid zuzulassen, der den Angaben des vorerwähnten ganz unbedenklichen Zeugen, zu dessen Zeugenschaft der Kl. den Erfüllungseid angeboten hatte, im offenbaren Widerspruche steht, musste die Klage unbedingt abgewiesen werden.

Der OGH. bestätigte das erstr. U. aus folgenden Gründen: Die Processordnung enthält keine Bestimmung darüber, ob der Parteieneid dann noch zulässig ist, wenn ein Zeuge das Widerspiel des zu Beschwörenden eidlich bereits bestätigt hat; das Hfd. vom 19. Juni 1847 (JGS. 1068) überlässt es der Entscheidung des Richters, „ob mit Rücksicht auf die abgeführten Beweise annoch die Zulassung des Haupteids“ ausgesprochen werden könne. Das Zeugnis eines unbefangenen Zeugen bildet nur eine halbe Beweisprobe, das Zeugnis eines bedenklichen oder gar eines verwerflichen Zeugen liefert nicht einmal den halben Beweis, der Parteieneid liefert den vollständigen Beweis. Die angeregte Rechtsfrage lässt sich nicht für alle Fälle entscheiden, es sind die besonderen Umstände des Falls, insbesondere die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu beachten. In diesem Falle sind folgende Umstände zu würdigen: Zeuge A, dem eine Forderung an den Gekl.

bezahlt worden sein soll, ist nicht vollkommen unbefangen bei dem Ausfalle dieses Processes. Der Gekl., der es in seiner Hand hatte, die Klagsbehauptung eidlich zu widersprechen, hat den Haupteid zurückgeschoben. Diese Umstände rechtfertigen für diesen Streitfall die Zulassung des Parteieneids ungeachtet des entgegenstehenden Zeugnisses des A.

235.

Zwangsvollstreckung aus einem Urtheil, welches eine Leistung gegen eine Gegenleistung aufträgt.

(E. 29. Jän. 1889, Z. 966. — JZ. 16.)

Das erstr. bewilligte Executionsgesuch wurde vom OLG. abgewiesen, denn in dem rechtskräftigen U. ist erkannt, dass B dem A 60 fl. gegen dem zu bezahlen habe, dass der Kl. A das gekaufte Pferd dem Bekl. zur Verfügung stelle. Die Zahlung der dem A zuerkannten Forderung ist in diesem Urtheile daher von der Bedingung der Zurückstellung des Pferds an den Gekl. abhängig gemacht und demzufolge das U. gemäss dem Hfd. v. 10. Febr. 1785 (JGS. 387) so lange nicht vollstreckbar, als nicht in einem zweiten U. erkannt ist, dass diese Bedingung erfüllt sei, daher die, wenngleich unter Berufung auf Zeugen im Executionsgesuche aufgestellte Behauptung, der Executionsführer habe das Pferd dem Executen am 30. Sept. 1888 zur Verfügung gestellt, zur Begründung des Executionsbegehrens nicht für genügend erachtet werden kann.

Der OGH stellte die erstr. Executionsbewilligung wieder her, in der Erwägung, dass mit dem U. ausgesprochen wurde, dass Gekl. dem Kl. 60 fl. zurückzuzahlen gegen dem schuldig sei, dass Kl. das gekaufte Pferd zur Verfügung stelle; dass der Executionsführer das fragliche Pferd dem Executen auch rückgestellt hat, was im Recurse auch nicht widersprochen wurde, folglich seinerseits alles erfüllt hat, was das erwähnte Urtheil bestimmte.

236.

Haben die Gerichte im Executionswege eingeantwortete Bezüge des Executen über einfaches Gesuch des Executionsführers zu ermitteln?

(E. 20. März 1889, Z. 3209. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgbl. 445).

Dem Executionsführer wurde zur Hereinbringung seiner Forderung im Betrage von 391 fl. und 542 fl., nebst anderen Executionsmaassregeln, auch mit Bescheid vom 6. December 1881, Z. 181577, die executive Einantwortung und Erfolglassung jenes Geldüberschusses bewilligt, um welchen die dem Executen als Mitarbeiter einer Zeitung zukommenden Gehalts- und sonstigen Bezüge den Gesammtbetrag von 600 fl. übersteigen. Laut Amtsdienerrelation vom 19. Dec. 1881 hatte in Vollziehung dieses Executionsacts die verordnete Zustellung eines Ratschlags an die Administration der betreffenden Zeitung stattgefunden. Am 17. Jan. 1889 überreichte Executionsführer ein Gesuch um Ermittlung der an ihn eingeantworteten gegnerischen Bezüge. Das Gesuch wurde von dem Gerichte erster Instanz, unter Hinweisung auf die mittelst Bescheids vom 6. Dec. 1881, Z. 181577, bewilligte executive Einantwortung des gegnerischen Gehalts, als auf eine unzulässige Maassregel abzielend, abgewiesen. Das Oberlandesgericht bestätigte den Bescheid, weil das vom Executionsführer gestellte Begehren jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt, sich vielmehr nach der allgemeinen Gerichtsordnung die Ingerenz des Executionsgerichts auf die Bewilligung der executiven Einantwortung und die Zustellung der Einantwortungsverordnung zu beschränken hat, während es dem Executionsführer überlassen bleiben muss, die infolge der Einantwortung auf ihn übergegangenen Rechte des Executen wider den Schuldner gleich einer anderen Forderung an einen Dritten und eventuell im Klagewege geltend zu machen.

Dem dawider überreichten a. o. Revisionsrecurse fand der OGH. keine Folge zu geben, weil es an jeder gesetzlichen Grundlage für die verlangte amtliche Ingerenz zum Zwecke der Feststellung der Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Forderung fehlt, deren Einantwortung erbeten, auf Grund der Behauptung ihres Bestandes bewilligt und auch in gesetzmässiger Weise vollzogen

worden ist, und weil der Beschwerdeführer daher nicht berechtigt erscheint, die Anwendung des Hfd. vom 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) für sich in Anspruch zu nehmen.

237.

Unpfändbarkeit des Apparats und der Requisiten eines Sodawasser-Erzeugers?

(E. 9. April 1889, Z. 4130. — GH. 24.)

Die vom 1. R. auf Ansuchen des Executen nach § 2 Z. 5 des Ges. vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) verfügte Ausscheidung einer Sodawasser-Erzeugungsmaschine sammt Zugehör, dann von einer Anzahl von Sodawasserflaschen und Flaschenbehältern wurde vom OLG. behoben in der Erwägung, dass diese Gegenstände nicht nach § 2 Abs. 5 des Ges. v. 10. Juni 1887 auszuscheiden sind, weil B nicht zu den Handwerkern oder Hand- und Fabriksarbeitern gehört, und auch nicht nach § 340 GO., weil dieselben nicht als Werkzeuge im Sinne dieser Gesetzesstelle betrachtet werden können.

Den Revisionsrecurs des Verwalters der Concursmasse des inzwischen fallit gewordenen Executen fand der OGH. in der Erwägung zurückzuweisen, dass der in Frage stehende Sodawassererzeugungs-Apparat sammt den zu dessen Benützung erforderlichen Geräten nach der im Protokolle v. 23. Febr. 1889 enthaltenen Erklärung des CMVerwalters als ein Bestandtheil der Concursmasse behandelt wird, dass der CMVerwalter nicht berechtigt ist, zum Zwecke der Aufrechterhaltung dieses Zustands gegenüber den Executionsführern eine Executionsbeschränkung geltend zu machen, deren Anwendung mit der Einbeziehung der betreffenden Gegenstände in die Concursmasse nach § 1 CO. unvereinbar wäre, dass der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als CMVerwalter auch nicht berufen erscheint, den Cridatar in Beziehung auf ein der Execution zu entziehendes Vermögen zu vertreten, und dass übrigens ein Apparat von bedeutendem Werte, welcher ein Capital repräsentiert, dessen Verzinsung und Amortisierung einen merklichen Theil des durch die Benützung dieses Apparats erzielbaren Einkommens zu bilden hätte, nicht zu den im § 340 GO., sowie im § 2 Z. 5 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74) angeführten Werkzeugen und Gegenständen gerechnet werden könnte.

238.

Wirkung des Zuschlags bei der Zwangsversteigerung: Unstatthaftigkeit einer Feilbietungsbedingung, wodurch der Uebergang des Besitzes und der Steuerpflicht hinsichtlich des versteigerten Guts auf den Ersteher an eine erst nach dem Zuschlage zu erfolgende Uebergabe geknüpft wird.

(E. 24. Juli 1888, Z. 8898.)

Gleichlautend mit der E. in Bd. VI Nr. 256.

E. Strafrecht und Strafprocess.

239.

Kann ein Bediensteter der Staatseisenbahnverwaltung passives Subject der Verleitung zum Amtsmissbrauch sein? Begriff von Regierungsgeschäften.

(E. 16. Nov. 1888, Z. 8511.)

Das U. des LG. Wien vom 14. Juni 1888, Z. 19759, womit B des Verbrechens der Verleitung zum Missbrauche der Amtsgewalt nach § 105 StG. schuldig erkannt wurde, weil er einen Inspector der k. k. österr. Staatsbahnen in Fällen von Dienstverleihungen durch Geschenke zu einer Parteilichkeit zu verleiten gesucht hat, wurde über die NB. aufgehoben und B freigesprochen, u. zw. im wesentlichen mit folgender Begründung: Die moralische Verwerflichkeit und Gefährlichkeit der Handlungsweise des B kann nicht in Zweifel gezogen werden.

Allein hier handelt es sich darum, ob dieselbe unter das Strafgesetz falle. Bezüglich der Anwendbarkeit des § 105 StG. ist es ohne Zweifel entscheidend, ob der Eisenbahn-Inspector, an welchen der Angekl. sich gewendet, bez. an welchen sich zu wenden er beabsichtigt hat, bezüglich des hier in Frage kommenden Wirkungskreises dieses Inspectors als Beamter im Sinne des § 101 StG. anzusehen sei.

Für die Beantwortung dieser Frage ist es jedenfalls belanglos, dass der erwähnte Inspector nicht zur Kategorie der Staatsbeamten gehört. Regierungsgeschäfte können eben, wie sich schon aus § 101 StG. ergiebt, auch durch solche Personen verrichtet werden, welche nicht Staatsbeamte sind, nichtsdestoweniger aber in Beziehung auf die Erfüllung des ihnen ertheilten Auftrags als Beamte im Sinne des § 101 StG. angesehen werden müssen.

Als maassgebend kann demnach nur der Inhalt des ertheilten öffentlichen Auftrags, bez. der Umstand angesehen werden, ob der Auftrag in den Bereich der Geschäfte der Regierung fällt.

Da sich sohin nur die Beschaffenheit der aufgetragenen Thätigkeit, nicht aber die Persönlichkeit des Auftraggebers als entscheidend ansehen lässt, so kann man nicht alle von der Regierung aufgetragenen Geschäfte als Regierungsgeschäfte im Sinne des § 101 StG. behandeln.

Das charakteristische Merkmal des Regierungsgeschäfts lässt sich aber aus der öffentlich-rechtlichen Aufgabe der Regierung ableiten.

Den Gegensatz zur Regierungsthätigkeit bildet die Thätigkeit der Privaten, und eine Thätigkeit, die an sich Privatthätigkeit ist, kann dadurch, dass sie von der Regierung ausgeübt wird, nicht zu einer öffentlich-rechtlichen werden.

Der Betrieb einer Eisenbahn ist nun ein wirtschaftliches, auf Gewinn abzielendes Unternehmen, welches zur Zeit auch von Privaten betrieben werden kann, und darin liegt das unterscheidende Merkmal gegenüber denjenigen wirtschaftlichen Thätigkeiten, welche zu den Regierungsgeschäften gezählt werden müssen, weil sie entweder, wie dies bei Gefällen und Monopolen der Fall ist, ausschliesslich vom Staate ausgeübt werden, oder weil der Zweck dieser Thätigkeiten nicht in der Erzielung eines Gewinns, sondern in der Lösung einer Aufgabe der staatlichen Verwaltung gelegen ist.

Der Ausdehnung des Staatsbahnbetriebs liegen allerdings auch volkswirtschaftliche Rücksichten zugrunde, welche ohne Zweifel nicht minder bei der Leitung dieses Betriebs in Betracht kommen. Dadurch wird aber das auf Gewinn gerichtete Bestreben weder ausgeschlossen, noch auch nur zu einem nebensächlichen gemacht. Nicht übersehen lässt sich übrigens, dass auch Privatbahnen der Würdigung volkswirtschaftlicher Rücksichten sich nicht zu verschliessen vermögen.

Im Eisenbahnbetriebe ist daher ein Regierungsgeschäft im Sinne des § 101 StG. nicht zu erkennen. Dies ergiebt sich auch aus der Organisation des Staatseisenbahnbetriebs. Im § 2 der mit Vdg. vom 26. Febr. 1882 (RGB. 25) kundgemachten Grundzüge für die Organisation des Staatsbetriebs gelangt die Gleichstellung zwischen Staatsbahnen und Privatbahnen zum deutlichen Ausdrucke. Belanglos ist es, dass die durch die Vdg. vom 23. Juni 1884 (RGB. 103) bekannt gegebene Organisation der Staatseisenbahnverwaltung einen ähnlichen Ausspruch nicht enthält. Diese Differenz findet ihre natürliche Erklärung darin, dass die Ingerenz der General-Inspection der österr. Eisenbahnen, in Beziehung auf welche jener Ausspruch im Jahre 1882 gemacht worden ist, nach der Organisation von 1884 eine wesentliche Aenderung erfahren hat.

Die sich aus dieser Aenderung ergebende Modification der Beaufsichtigung der Staatseisenbahnverwaltung konnte die in der Natur der Sache liegende Gleichstellung der Staatsbahnen und der Privatbahnen nicht aufhalten.

Beide Kategorien von Eisenbahnen unterstehen auch heute noch den gleichen allgemeinen Anordnungen und bilden dem Verkehre gegenüber einander gleichstehende Transportanstalten.

Bezeichnend ist endlich, dass die Regierung für die Staatseisenbahnverwaltung einen eigenen Beamtenkörper gebildet hat, welcher gegenüber dem mit den Aufgaben der Staatsverwaltung betrauten Körper der Staatsbeamten eine völlig abgesonderte Stellung einnimmt.



240.

Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen einen nach § 487 (§ 488) ergangenen Schuldspruch: Nachweis hinreichender Gründe für das Fürwahrhalten der vorgebrachten Beschuldigung.

(Plen.-E. 14. Febr. 1889, Z. 13658. Vors.: SP. Rakwicz; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Aus den die Strafsache der Eheleute A wegen der Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre und jene der M wegen der Uebertretung des Diebstahls betreffenden Verhandlungsacten ist nachstehender Thatbestand zu entnehmen: Am 1. Oct. 1887 überreichte M gegen die Eheleute A beim st.-d. BG. Teschen eine Privatklage, in der sie die Bestrafung der genannten Eheleute deshalb begehrte, weil sie von denselben fälschlisch eines Gelddiebstahls geziehen worden sei. Erst am 20. Oct. 1887 zeigte A die Privatankl. M wegen Diebstahls an, und der öffentl. Ankl. beantragte die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens. Die Verhandlung über beide Anklagen fand am 16. Nov. 1887 statt. M wurde von der Anklage des Diebstahls freigesprochen. Dieses U. wurde durch kein Rechtsmittel angefochten. Aber auch die Eheleute A wurden von der Anklage der Uebertretung nach § 487 StG. freigesprochen. Die Urtheilsfeststellungen enthalten über den Thatbestand sehr wenig. Aus den Acten ergiebt sich jedoch, dass M am 30. Sept. 1887 (sie selbst bezeichnet in ihrer Berufungsausführung den 29. Sept. als den Tag der That) Nachmittags in die zum Hause der M gehörige Schankstube der Eheleute A trat, um Bier zu holen, dass sie daselbst niemanden fand, weil die Frau A vor der Thüre der Schänke plauderte, und dass die M, um den Eheleuten wegen deren Unachtsamkeit eine Lehre zu geben, die im Schanke befindlichen Sessel umkehrte und Gläser auf die Füsse derselben stülpte. Dieser (von M übrigens eingestandene) Vorfall veranlasste die Eheleute A, der M den Diebstahl eines Betrags aus versperrter (jedoch mit dem daneben hängenden Schlüssel zu öffnender) Schublade zum Vorwurfe zu machen, und bezifferten sie diesen Betrag der M gegenüber mit 10 fl., in der Strafanzeige jedoch mit 3 fl. 30 kr. Johann, der achtjährige, zufällig hinzugekommene Sohn der Eheleute A, soll die M beim Diebstahl überrascht und dies seinen Eltern mitgetheilt haben. Bei der Hauptverhandlung bestätigte der Zeuge diesen Umstand. Für die Freisprechung der M von der Anklage des Diebstahls, welchen dieselbe entschieden in Abrede stellte, war ausser ihrem unbescholtenen Vorleben und ihrer günstigen ökonomischen Lage (die M ist Hausbesitzerin) insbesondere auch der Umstand massgebend, dass die Angekl. sofort nach dem Verlassen der Schänke einer Nachbarin den Streich mittheilte, welchen sie den A'schen Eheleuten durch die im Schanklocale angerichtete Unordnung gespielt hatte. Die Freisprechung der Eheleute A von der Anklage wegen Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre wird damit begründet, dass die Angekl. nicht vom Bewusstsein durchdrungen waren, ihre Beschuldigung sei eine fälschliche; denn M habe durch ihre Anwesenheit und ihr Benehmen in fremden Räumlichkeiten Anlass zu dem gegen sie erhobenen Verdachte gegeben.

Auf Berufung der Privatankl. M hat das KG. als Berufungs-Instanz in Uebertretungssachen die Eheleute A der Uebertretung des § 487 StG. schuldig erkannt und dieselben, u. zw. ersteren zu 10, letztere zu 5 Tagen verschärften Arrests verurtheilt, von der Erwägung ausgehend, dass nach Ueberzeugung des Gerichtshofs die gegen M erhobene Diebstahlsbeschuldigung eine fälschliche war, indem die Angekl. insbesondere nicht von ihrem Sohne Johann erfahren haben konnten, dass die M den Diebstahl verübt habe, denn der Knabe sei überhaupt erst in einem Zeitpunkte aus der Schule nach Hause gekommen, in dem die M die Schänke der Eheleute A schon verlassen hatte. Auch das U. des Berufungsgerichts enthält keine genaue Darstellung des Sachverhalts. Es ist aus den Acten nicht ersichtlich, ob die Angekl. die Beschuldigung gegen die M auf eine im § 489 StG. bezeichnete Weise (öffentlich) vorgebracht haben (dieselbe scheint

vielmehr nach den Aussagen der K und des H in der Privatwohnung der M ausgesprochen worden zu sein); auch der Gerichtshof stellt eine solche Weise der Beschuldigung nicht fest und spricht (im 2. Abs. der Gründe) aus: „zur Straflosswerdung hätten die Angekl. solche Umstände darzuthun gehabt, aus welchen sich hinreichende Gründe ergaben, um die vorgebrachte Beschuldigung für wahr zu halten.“ Es ist sonach der Schluss gerechtfertigt, dass die unter Anklage gestellte Beleidigung das Merkmal der Oeffentlichkeit nicht an sich trug, daher, wie der Gerichtshof mit Recht annahm, die Angekl. zur Erlangung der Straflosigkeit nicht die Wahrheit ihrer Angabe, sondern nur subjective Gründe des Fürwahrhaltens nachzuweisen hatten. Das U. des Berufungsgerichts erscheint durch die thatsächlichen Feststellungen vollkommen gerechtfertigt; denn sobald der Gerichtshof, wie sich dies aus den Urtheilsgründen zweifellos ergiebt, als erwiesen annahm, dass die Eheleute A die M bewusst fälschlich des Diebstahls beschuldigten, konnte die Verurtheilung der Angekl. nicht mehr zweifelhaft sein. Nun haben aber die Verurtheilten A den Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens gestellt, und bei diesem Anlasse unter anderem Beweise über das Vorhandensein des, wie sie behaupten, entwendeten Betrags in der Schublade, und über den Umstand angetragen, dass ihr achtjähriger Sohn Johann am Nachmittage des 30. Sept. nicht in der Schule war, also zur kritischen Zeit ganz wohl die M beim Diebstahle überrascht haben konnte. Das Begehren um Wiederaufnahme wurde vom st.-d. BG. mit einer Begründung verworfen, welche die Erhebung der angebotenen Beweise deshalb ablehnt, weil dieselben unmöglich ausreichen würden, „allein oder in Verbindung mit den anderen Beweismitteln nachzuweisen, dass M thatsächlich gestohlen hat.“

Es ist aufliegend, dass das BG. damit den richtigen, auch von der Berufungs-Instanz in ihrem reformierenden Strafurtheile anerkannten Standpunkt verlässt, wonach es in der vorliegenden Strafsache nicht auf den Beweis der Wahrheit der incriminierten Beschuldigung, sondern auf den des Fürwahrhaltens derselben ankommt. Der vom BG. für die Ablehnung nicht nur des Wiederaufnahmsgesuchs, sondern sogar der beantragten Erhebungen angeführte Grund würde nur dann ausschlaggebend sein, wenn es sich darum handeln würde, über ein vom öffentlichen Ankläger gestelltes Begehren um Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen M wegen des Diebstahls zu erkennen; als Argument für die Ablehnung der zur Begründung des Wiederaufnahmsgesuchs beantragten Erhebungen verletzt die Anschauung des BG. das Recht der Verurtheilten, welche verlangen durften, dass das BG. ihrem Gesuche auch dann stattgebe, wenn die darin angeführten Thatsachen nicht geeignet erscheinen, die Wahrheit der Beschuldigung — aber geeignet, deren Fürwahrhalten seitens der Angekl. zu erweisen. Auch das KG., an welches die Sache über Beschwerde der Verurtheilten gegen den erstr. Beschluss gelangte, steht mit seiner E. auf demselben unrichtigen Standpunkte und drückt diese Anschauung insbesondere in den Schlussworten aus, welche lauten: „Es sind sonach die angebotenen Beweise keine solchen, die an und für sich allein oder im Zusammenhange mit den früheren Beweisen die Schuld der M nachweisen würden, welche erwiesen werden müsste, da ja A seiner Aussage nach selbst die Intervention der Gendarmerie angesucht hat.“ Es zeigt sich sonach, dass das Berufungsgericht, anstatt, wie es hätte geschehen sollen, die dem richtigen Rechtsstandpunkte entsprechende E. zu fällen, im Widerspruche zum eigenen Strafurtheile die Auffassung des Unterrichters in der Rechtsfrage vollkommen theilt. Es erscheint daher der Beschluss des KG. als dem Gesetze nicht entsprechend und, da derselbe auf Grund einer irrtümlichen Rechtsanschauung die Verurtheilung der Angekl. aufrecht hält, erweist sich nach dem Schlussatze des § 292 StPO. die Aufhebung dieses Beschlusses und die Erneuerung des gegen die Angekl. gepflogenen Verfahrens als notwendig. Demzufolge war über die von der GP. erhobene NB. zur Wahrung des Gesetzes in Gemässheit des § 292 StPO. zu erkennen, dass durch die bezügliche E. der Berufungs-Instanz das Gesetz in der bezeichneten Richtung verletzt worden sei; zugleich war die angef. E. aufzuheben und dem KG. die Vornahme eines neuerlichen Verfahrens und einer nochmaligen E. aufzutragen.

241.

440. Nichtigkeit des Urteils, dessen Gründe der Schlüssigkeit entbehren.[1]

(Cass.-E. 20. Febr. 1889, Z. 11390 ex 1888.)

Der Cassationshof hat über die NB. des H wider das U. des KG. Brzezany vom 7. August 1888, mit welchem derselbe des Verbrechens des Betrugs nach §§ 197 und 199c StG. schuldig erkannt wurde, das angef. U. im Grunde des § 288, Z. 1, StPO. und des § 5 des Ges. v. 31. Dec. 1877 (RGB. 1878 Nr. 3) sofort aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das genannte KG. zurückzuverweisen befunden.

Denn zur Strafbarkeit des im § 199c StG. vorgesehenen Delicts erfordert das Gesetz den bewussten und vorsätzlichen Gebrauch von geringhältigen Maassen. Nun hat der GH. diesbezüglich blos festgestellt, dass der Angekl., welcher als Schänker von Beruf die confiscierten Gewichte in seinem öffentlichen Gewerbe zum Wägen von Schnupftabak[2] gebrauchte, wissen musste und gewusst habe, dass dieselben geringhältig sind, und dass Angekl. daher wissentlich zum Schaden der Käufer gehandelt habe. Da jedoch der Umstand, dass der Angekl. Schänker war, noch keineswegs zu der Schlussfolgerung berechtigt, dass der Angekl. eben deshalb mit Bewusstsein und vorsätzlich diese, laut Gutachtens des Aichamts, der Construction nach zum Handelsverkehr noch geeigneten, nur durch Abnützung geringhältig gewordenen Gewichte benützt hat und hierbei von der Absicht geleitet wurde, den Kunden Schaden zuzufügen, so kann in diesen angeführten Gründen der Zusammenhang mit der obigen vom GH. als erwiesen angenommenen Thatsache nicht erkannt werden, und sind eigentlich in Wirklichkeit diesbezüglich gar keine Gründe vorhanden. Es liegt sonach der Nichtigkeitsgrund des § 281, 5 StPO. vor.

242.

441. 1. Zur Abgrenzung wörtlicher und thätlicher Beleidigungen (§ 312 StG). — 2. Voraussetzung für die amtswegige Berücksichtigung der Nichtigkeitsgründe Z. 9–11 des § 281 StPO.: Rechtzeitig angebrachte Berufung. (§§ 469 und 471 StPO.)

(Plen.-E. 28. Febr. 1889, Z. 688. Vors.: 1. SP. Dr. Habietinek; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Veranlasst durch eine nach § 33 StPO. überreichte NB., erkannte der Cassationshof zu Recht: Durch das Erkenntnis des KG. in Cattaro vom 19. Oct. 1888, Z. 1555, ist das Gesetz verletzt worden u. zw.: a) in den §§ 312 und 313 StG., insoferne die dem angekl. D zur Last fallende Handlung als wörtliche, nicht als thätliche Beleidigung einer im Dienste stehenden obrigkeitlichen Person erklärt wurde; b) in den §§ 469 und 477 StPO., indem der Gerichtshof trotz der Zurückweisung der verspätet überreichten Berufung des D gegen das U. des BG. Budua vom 30. Juni 1888, gleichwohl den § 477 StPO. und zwar in nicht öffentlicher Sitzung zur Anwendung brachte und auf Grund desselben das erstr. U. im Punkte der Strafe als nach § 281, Z. 11 StPO. nichtig behob.

Gründe: Wie das BG. Budua mit seinem U. vom 30. Juni 1888 feststellt, hat der Angekl. D am 23. März 1888 in Budua, kurz nach Ankunft des Lloyddampfers aus Corfu, dem Finanzwach-Oberaufseher M, der sich behufs Vornahme einer Gefällsamtshandlung in D's Barke befand, anlässlich vorausgegangener Meinungsverschiedenheiten mit lauter Stimme gerufen: „Geh' mir aus der Barke; denn, wenn du nicht gehst, so werfe ich dich in's Meer; ich werde dir zeigen, wer ich bin. Du wirst es mir entgelten!“ Der Angekl. näherte sich sodann, ein Stück Holz ergreifend, dem Orte, wo M stand, und gab unter unausgesetztem Schreien den Willen kund, die ausgesprochene Drohung auszuführen, so dass der Finanzwachaufseher P, der seinen Vorgesetzten in bedrängter Lage sah, demselben zu Hilfe eilte, während M selbst, um den Angreifer abzuhalten, den Säbel zog.

---

[1] Im gleichen Sinne: E. vom 8. April 1876, Z. 854, vom 19. Juni 1876, Z. 1545 u. a. m.

[2] Der FME. vom 27. Mai 1853, Z. 15025, gestattet, dass die Tabaktrafikbefugnisse auf dem Lande, wo keine anderen Bewerber vorhanden sind, an die Propinations- und Schankhauseigentümer verliehen, und von diesen, unter ihrer Haftung und Verantwortung durch die Propinations- und Schankhauspächter als Bestellte ausgeübt werden.

In der Besorgnis ärgeren Ungemachs war der Oberaufseher M genöthigt, sich mit dem Aufseher P vom Thatorte zu entfernen. In diesem Thatbestande hat das BG. eine von D begangene thätliche Beleidigung des im Dienste befindlichen Oberaufsehers M erkannt, „denn", so besagt das U., „wenn schon die blosse Drohung mit der Faust als eine solche (thätliche Beleidigung) anzusehen ist, so trifft dies umsomehr bei einer Drohung mit einem Holzstücke zu." D wurde daher nach dem höheren Strafsatze des § 313, 1. Alinea (Arrest von 1—6 Monaten) wegen thätlicher Beleidigung des im Dienste stehenden Oberaufsehers M (in Concurrenz mit wörtlicher Wachebeleidigung) zu anderthalb Monaten Arrests verurtheilt.

Gegen dieses am 30 Juni 1888 in Gegenwart des Angekl. D verkündete U. hat dieser in der gesetzlichen Frist kein Rechtsmittel angewendet, sondern erst am 21. Sept. 1888 beim BG. Budua ein an das KG. Cattaro gerichtetes Gesuch eingebracht, in welchem er im Sinne des § 364 StPO. um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider die Versäumung der Frist zur Anmeldung der Berufung bat, und zugleich die Berufung gegen den Ausspruch über Schuld und Strafe anmeldete. Dieses Gesuch wurde vom KG. Cattaro mit dem Beschlusse vom 19. Oct. 1888 als verspätet zurückgewiesen, gleichzeitig aber hat das KG. in Anwendung des § 477 StPO. das U. im Punkte der Strafe als nach § 281, Z. 11 StPO. nichtig behoben und die Strafe nach dem ersten Strafsatze des § 313, Alinea 1 StG. (Arrest von drei Tagen bis zu einem Monate) mit 14 Tagen Arrest bemessen „in Erwägung, dass bei Bemessung der Strafe der höhere Strafsatz des ersten Alinea des § 313 StG. zur Anwendung gelangt ist, während weder die Bedingungen des höheren Strafsatzes dieses Alinea, noch jene des zweiten Alinea dieses Paragraphen gegeben erscheinen, da das Vorgehen des Angekl. sich in den Grenzen der Beleidigungen und der Drohungen hielt". Durch diese E. des KG. Cattaro erscheint sowohl a) das materielle Strafrecht, als b) die Strafprocessordnung verletzt.

Ad a. Verletzung des materiellen Strafrechts. Es muss bei Beurtheilung des Falls ganz von der Frage abgesehen werden, ob derselbe nicht etwa den gesetzlichen Bestimmungen über das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit nach § 81 StG. zu unterstellen gewesen wäre, nachdem die StA. von dem ihr nach § 475, Abs. 2 (event. 363, Abs. 4) StPO. zustehenden Rechte keinen Gebrauch gemacht hat. Ebenso will auf den Umstand blos hingewiesen werden, dass nach den Feststellungen der ersten Instanz die Anwendung des § 313, zweites Alinea (strenger Arrest von 3—6 Monaten) schon aus dem Grunde hätte eintreten sollen, weil das BG. festgestellt hat, dass die vom Angekl. D dem Oberaufseher M zugefügte Beleidigung die Dienstverrichtung des Letzteren verhindert hat. Abgesehen also von diesen Bedenken ist hervorzuheben, dass die Thätigkeit D's, wie sie das BG. als erwiesen annimmt, sich als thätliche, nicht blos als wörtliche Beleidigung des Oberaufsehers M darstellt. Allerdings gehören zu den wörtlichen Beleidigungen (Verbal-Injurien) nicht nur solche, die in Worten bestehen, sondern auch Thätigkeiten und Handlungen, welche dasjenige, was in der Regel mit Worten zum Ausdrucke gelangt, im einzelnen Falle symbolisch darstellen.[1] Bei Bedrohung mit Misshandlungen wird hiernach zweifellos eine blosse Verbal-Injurie dort vorliegen, wo die Drohung durch Worte ausgedrückt wurde. Aber auch dort, wo sie in concludenten Handlungen, z. B. in Geberden aus der Entfernung (auf Distanz) ihren Ausdruck findet, wird noch immer nur eine Verbal-, nicht eine Real-Injurie als bestehend zu erachten sein. Insoweit also erscheint die Auffassung des Berufungsgerichts allerdings gerechtfertigt, dass Drohungen im allgemeinen zu den Verbal-Injurien gehören. Ob Drohungen, die in einer die körperliche Sicherheit des Bedrohten unmittelbar gefährdenden Weise unternommen werden, nicht schon unter den Begriff der Real-Injurie fallen, mag unerörtert bleiben. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber jedenfalls nicht mehr um eine Drohung, sondern um eine Thätlichkeit. Die Handlung des Angekl., welche das Gericht feststellt, hatte offenbar keinen blos symbolischen Charakter; nicht andeuten wollte der Angekl., dass er künftig dem Verletzten ein Uebel zuzufügen beabsichtige; er unternahm vielmehr, wie sich aus den Feststellungen ergiebt, einen Angriff zur Verwirklichung der kurz vorher ausgesprochenen Drohung (den

[1] Siehe die E. 21. Oct. 1887, Z. 8490, in dieser Zeitschr. Bd. VI Nr. 347.

Oberaufseher in's Meer zu werfen), und entwickelte in diesem mit bewehrter Hand ausgeführten Angriffe eine solche Energie, dass der Angegriffene zur Sicherung seiner körperlichen Integrität die Waffe ziehen musste. Dies alles erwogen, erscheint es rechtsirrtümlich und begründet eine Verletzung des § 313 StG., wenn im Vorgehen des Angekl. D seitens des Berufungsgerichts eine blosse Verbal-Injurie erkannt wird.

Ad b. Verletzung der StPO. — Als rechtsirrtümlich ist zu bezeichnen, dass der GH. in Cattaro, obwohl er das Wiedereinsetzungsbegehren des Angekl ablehnte und demnach die von demselben mit diesem Begehren verbundene Berufung als verspätet und daher als unzulässig zurückwies, diese Berufung trotzdem zum Anlasse nahm, um in Anwendung des § 477 StPO. das erstr. U. im Punkte der Strafe nach § 281, Z. 11 StPO. zu beheben. Die Worte des Gesetzes „Ueberzeugt sich jedoch der GH. aus Anlass einer von wem immer ergriffenen Berufung" im § 477 StPO. beziehen sich offenbar auf den Fall, in welchem der GH. über eine Berufung wirklich zu erkennen hat. Dies ergiebt sich aus der Stellung des § 477 im Systeme der StPO., nemlich aus dessen Einreihung an der Stelle, wo die Vorschriften enthalten sind, nach welchen die Berufungsgerichte über die gepflogene Berufungsverhandlung zu erkennen haben; dies folgt ferner aus der Erwägung, dass verspätete Berufungen schon vom Erstrichter zurückzuweisen sind (§ 467 StPO., letztes Alinea), daher nur dann vor den Berufungsrichter gelangen und einen Gegenstand der Amtshandlung desselben bilden können (§ 469 StPO.), wenn entweder der Erstrichter eine verspätete Berufung irriger Weise als rechtzeitig eingebracht ansah. oder wenn gegen die Verfügung des Erstrichters, der eine Berufung als verspätet zurückwies, Beschwerde erhoben wird. Der Regel nach gelangt also eine verspätete Berufung in Uebertretungssachen gar nicht vor den Berufungsrichter; erkennt er sie aber als verspätet, so hat er dieselbe sofort zu verwerfen (§ 469 StPO.), und es kann eine Verhandlung darüber nicht angeordnet werden, es fehlt somit an der unerlässlichen formalen Voraussetzung für die Anwendung des § 477 StPO.[2] Auch dies wurde übrigens vom GH. in Cattaro übersehen; denn er trug kein Bedenken, den § 477 StPO. in nicht öffentlicher Sitzung zur Anwendung zu bringen. Eine gesetzlich unzulässige, insbesonders also auch eine verspätete Berufung, die schon aus formalen Gründen zurückgewiesen werden muss, ist vom Berufungsrichter als für ihn nicht vorhanden zu betrachten; nur eine nach dem Gesetze zulässig befundene Berufung vermag ihm die Grundlage für das weitere gesetzliche Verfahren (§§ 471—477 StPO.) zu bieten.

Wäre die Auffassung des KG. Cattaro die richtige, so würde die Rechtskraft der bezirksgerichtlichen Strafurtheile im weitesten Umfange in Frage gestellt. Jeder Angekl., der die gesetzliche Frist zur Anmeldung der Berufung verstreichen liess, hätte es in der Hand, event. noch nach Jahren an das Berufungsgericht eine Berufung gelangen zu lassen, allenfalls gegen die Rückweisung derselben durch die erste Instanz nach § 481 StPO. Beschwerde zu erheben. Müsste auch eine solche Berufung als verspätet zurückgewiesen werden, so hätte doch nach der hier bekämpften Ansicht das Berufungsgericht das Recht und die Pflicht, gegebenenfalls den § 477 StPO. zur Anwendung bringen. Die Unrichtigkeit dieser Folgerung, die sich gleichwohl aus den Anschauungen des KG. Cattaro notwendig ergiebt und die das nur dem Cassationshofe im § 479 StPO. vorbehaltene Recht der Ueberprüfung selbst rechtskräftiger Urtheile in der Rechtsfrage zu einem Gemeingut aller Berufungsinstanzen machen würde, ist zu einleuchtend, als dass sie einer näheren Begründung bedürfte. Aus allen diesen Gründen wurde der von der Generalprocuratur nach § 33 StPO. zur Wahrung des Gesetzes erhobenen NB. stattgegeben und erkannt, wie im Urtheile.

243.

443. Das im § 216 StG. vorausgesetzte Schwägerschaftsverhältnis kann durch eine Judenehe, welche ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geschlossen wurde (§ 129 bGb.) nicht begründet werden.

(E. 11. März 1889, Z. 13833. Vors.: Hofr. Kowalski; GP.: GA. Dr. Sacher; V.: Dr. Mikocki.)

Gründe: Nach Ansicht der Beschwerde war Lemel G von der Anklage freizusprechen, weil er als Ehegatte der leiblichen Schwester des Thäters Israel S zu

[2] Vgl. auch § 4, letztes Alinea des Ges. v. 31. Dec. 1877 RGB. 1878, Nr. 3).

Letzterem in dem im § 216 StG. bezeichneten Verhältnisse steht. Diesfalls ist jedoch zu erwägen, dass der § 216 StG. eine Ausnahme von den allgemeinen Strafrechtsnormen bildet und sonach stricte nach den Vorschriften des Strafgesetzes ausgelegt werden muss. Der im § 216 StG. gebrauchte Ausdruck „Ehegenosse“ ist gleichbedeutend mit „Ehegatte“ (vgl. §§ 137, 189, 413, 419, 463, 495, 501 und 525 StG.) und setzt das aus einer nach dem Gesetze giltig geschlossenen Ehe entstandene Verhältnis voraus (§ 44 bGb.). Nach den unanfechtbaren Feststellungen des Gerichtshofs hat aber Lemel G mit Sarah S eine Ehe blos nach den mosaischen Satzungen und nicht nach den Vorschriften des hier allein maassgebenden allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossen, weshalb diese Ehe auch nicht in die Trauungsbücher eingetragen worden ist. Der § 219 bGb. erklärt, dass eine Judenehe, welche ohne Beobachtung gesetzlicher Vorschriften geschlossen wurde, ungiltig ist. Verlobte, Rabbiner oder Religionslehrer, welche den gesetzlichen Vorschriften zuwiderhandeln, sind gemäss § 130 bGb. nach dem § 252, II. Theils des StG. v. J. 1803 (jetzt § 507 StG.), zu bestrafen. Nach dem Hfd. vom 13. Dec. 1827 (JGS. 2250), endlich sind die ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geschlossenen Judenehen ipso facto ungiltig, weil sie eigentlich gar nicht zustande gekommen sind. Hieraus ergiebt sich, dass Sarah S nicht als „Ehegenosse“ des Lemel G im Sinne des § 216 StG. angesehen werden kann, und dass sonach dem Letzteren die Wohlthat dieser Gesetzesstelle nicht zustatten kommt, weshalb ihm auch das Verbrechen der Vorschubleistung nach § 214 StG., dessen er schuldig erkannt wurde, in strafrechtlicher Beziehung zugerechnet werden muss, da die Absicht des Gesetzes lediglich darauf gerichtet ist, das durch das Ehe- und Familienverhältnis begründete Schwägerschafts- und Verwandtschaftsverhältnis nach Möglichkeit zu schonen, keineswegs aber darauf, gesetzlich unerlaubte, dem Ehebande ähnliche Verhältnisse (Concubinate) zu begünstigen.

244.

444. Anwendbarkeit des Grundsatzes des § 173 StG. über das Zusammenrechnen von Beträgen auch in dem Falle, wo eine Aenderung des Strafsatzes vom Betrage abhängig ist.

(E. 15. März 1889, Z. 15229. — Vors.: I. SP. Dr. Habietinek; GP.: OLGR. Dr. v. Ruber; V.: Dr. Hesky.)

In zwei Fällen frauduloser Schädigung, zuerst um 200 fl., dann um 150 fl., war H. S. mit U. des KG. Chrudim vom 17. Nov. 1888 der Mitschuld an dem im § 199 f und 200 StG. vorgesehenen Betruge schuldig erkannt worden. Obgleich hienach der Gesammtschade 300 fl. überstieg, erachtete der Schwurgerichtshof „in Gemässheit des § 34 StG. und mit Bedachtnahme auf § 44 b StG.“ der Strafbemessung doch nur den § 202 StG. zugrunde legen zu können. Der von der Anklage beantragte Strafsatz des § 203 StG. erschien ihm unanwendbar, „weil die Regel des § 173 StG. wohl für die Criminalität der That, aber nicht für den Strafsatz Ausschlag giebt, während die analoge Anwendung des im § 173 StG. niedergelegten Grundsatzes auf die Bestrafung mehrerer, wider den Angekl. zusammentreffender Betrugsfälle mit Art. VI des EinfG. zum StG. nicht vereinbar wäre.“ Gegen diese Auffassung kehrt sich die StA. in ihrer nach § 344, Abs. 12 StPO. angebrachten NB. Vom Cassationshofe wurde der Beschwerde stattgegeben.

Gründe: .... Der Schwurgerichtshof verkennt die juristische Bedeutung des im § 173 StG. aufgestellten Grundsatzes, durch welchen für die in Betracht kommenden strafbaren Handlungen (Diebstahl, Veruntreuung, Betrug, boshafte Beschädigung fremden Eigentums) die bezüglich der Behandlung concurrierender Delicte aufgestellten Bestimmungen aufgehoben wurden. Durch denselben wird dem Richter auferlegt, die aus mehreren mit Strafe bedrohten Angriffen herrührenden Beträge zusammenzurechnen, also die mehreren Delicte unter Ausschluss der auf die Concurrenz bezüglichen Bestimmungen des Gesetzes so zu behandeln, als wären sie einem und demselben verbrecherischen Vorsatze entsprungen. Bei derlei Delicten handelt es sich somit nicht mehr um die Beurtheilung mehrerer unter sich selbständiger und mit einander concurrierender Acte, sondern um Angriffe,

die nach der von dem Gesetze aufgestellten Fiction so zu behandeln sind, als ob dieselben nur eine That bilden würden. Schon diese Erwägung entzieht der vom Schwurgerichtshofe festgehaltenen Anschauung den Boden. Dann aber übersieht der Gerichtshof zur Gänze, dass jedes Verbrechen nicht Unrecht an sich, sondern dass es strafbares Unrecht ist, dass mithin im Begriffe des Verbrechens die Begriffe von Unrecht und Strafbarkeit untrennbar enthalten sind. Von diesem Standpunkte aus erscheint die Statuierung eines Verbrechens ohne gleichzeitige Androhung einer Strafe hiefür undenkbar, woraus von selbst folgt, dass die für die Beurtheilung der Criminalität gesetzlich maassgebenden Grundsätze auch bei Anwendung des für eine solche Handlung gesetzlich vorgesehenen Strafsatzes entscheidend sein müssen. Das Festhalten an der gegentheiligen Anschauung würde auch zu der Ungereimtheit führen, dass ein Zusammenrechnen der aus mehreren Betrügereien herrührenden Schadenbeträge wohl dann stattfinden müsste, wenn es sich um die Anwendung des Strafsatzes des Kerkers von 6 Monaten bis zu 5 Jahren handelt, dass dieselbe aber ausgeschlossen wäre, wenn die Verhängung des Strafsatzes von 5 bis 10 Jahren in Frage steht.

Ganz unhaltbar erscheint endlich die Berufung auf Art. IV des EinfG. zum StG. Durch die dort aufgestellte Norm wird dem Richter nur untersagt, eine That zu strafen, welche das Gesetz nicht als strafbar bezeichnet; keineswegs aber wird hiedurch die Analogie bei Beurtheilung strafgerichtlicher Normen in ihrem Zusammenhange schlechthin ausgeschlossen. Das zu § 153 StG. vom Jahre 1803 (jetzt § 173 StG.) ergangene erläuternde Hfd. vom 11. Mai 1816, Z. 1244 (recte 1243), (Geller, Justizges. 3. Aufl., V. Nr. 24 b), hat den bezüglich der Zusammenrechnung der aus mehreren Diebstahlsangriffen herrührenden Beträge aufgestellten Grundsatz auch für die hiemit verwandten Delicte der Veruntreuung und des Betrugs ausdrücklich für anwendbar erklärt, und es spricht nichts dagegen, wohl aber Alles dafür, dass der gleiche Grundsatz auch dann zur Anwendung gelangen müsse, wenn es sich um einen gerade von der Höhe des beabsichtigten Schadens abhängigen höheren Strafsatz handelt.

Schliesslich ergiebt sich die Anwendung des Princips der Zusammenrechnung der Beträge auch in Bezug auf die Strafbemessung aus dem Gesetze selbst; denn sowohl beim Diebstahle als auch beim Betruge erwähnen die betreffenden §§ 179 und 203 StG. den Betrag von über 300 fl., ohne weiter zu unterscheiden, ob die Summe des Gestohlenen, bez. des durch die betrügerische Handlungsweise des Thäters Entlockten, aus einem oder aber aus mehreren Angriffen herrühre.

Es musste demnach gemäss §§ 288, 346 und 350 StPO. der NB. der StA. stattgegeben, das mit derselben angef. U., soweit es die Angekl. S betrifft, im Ausspruche über die Strafe aufgehoben und S wegen des ihr zur Last gelegten Verbrechens der Mitschuld am Betruge nach den §§ 5, 197, 199 f und 200 StG. gemäss § 203 StG. bestraft werden. . . . .

245.

447. Begriff des Wuchers. Nichtvorhandensein desselben trotz des abnorm hohen Zinsfusses beim sog. prêt à la petite semaine.

(Cass.-E. 27. März 1889, Z. 2881.)

Die Eheleute Wenzel und Magdalena W standen unter der Anklage wegen Wuchers, weil sie aus kleinen, an Creditnehmer aus der Berufsclasse der Fragner verabfolgten Darleihen eine auffallend hohe Verzinsung bezogen. In der Verhandlung vor dem KG. St. Pölten begehrte der Vertheidiger die Vorladung von Zeugen, um zur Widerlegung des Vorwurfs eines Ausbeutens der Notlage insbesondere nachzuweisen, dass das Fragnereigeschäft, ohne bar zu zahlen, auf dem Lande nicht betrieben werden kann, da die Producenten der Regel nach ausserstande sind, auf Borg zu verkaufen; dass die angeblichen Beschädigten, hätten ihnen die Eheleute W nicht Credit gewährt, sich als Taglöhner, oder von einem noch geringeren Erwerbe, ernähren müssten; dass der Producteneinkauf bei Barzahlung namhafte, die Rentabilität des Fragnereigeschäfts sichernde Vortheile bietet, und dass der von den Angekl. eingehaltene Vorgang in der be-

treffenden Gegend seit undenklichen Zeiten in Uebung steht. Der Gerichtshof wies dieses Begehren wegen Irrelevanz zurück und erklärte die Angekl. des im § 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1881 (RGB. 47) vorgesehenen Vergehens schuldig. Zufolge ihrer NB. wurde dieses U. in Gemässheit des § 5 der Strafprocessnovelle vom Cassationshofe aufgehoben.

Gründe: Der Gerichtshof stellt fest, dass die Leute, von welchen die Angekl. solche Zinsen (52% im Jahre) bezogen haben, Fragner sind, welche von den Producenten Victualien kaufen und nach Wien liefern. Damit ist der Bestand eines Creditsgeschäfts zu productiven Zwecken gegeben. Die Wichtigkeit dieses Umstands äussert sich in erster Reihe bei Beurtheilung der Frage, ob die Angekl. die „Notlage" der Creditnehmer benützt haben. Nun dann könnte eine solche angenommen werden, wenn der Gerichtshof in der Lage wäre, festzustellen, dass der Betrieb des Fragnergeschäfts den Creditnehmern zur eigenen und zur Erhaltung ihrer Familien unerlässlich waren, und dass sie nicht in der Lage waren, sich einem anderen Erwerbe zuzuwenden. Beständen solche Verhältnisse nicht, so wäre das Bedenken begründet, dass die Creditnehmer, wenn ihnen der Betrieb der Fragnerei mit fremdem, hoch verzinslichen Capitale nicht lohnend erschien, es eben unterlassen konnten, dieses Geschäft zu betreiben. Noch wichtiger aber erscheint es, zu erkennen, welchen Gewinn das Fragnereigeschäft, in welchem die dargeliehenen Capitalien verwendet wurden, abzuwerfen vermochte. Wäre erwiesen, dass es den Darleihensnehmern (wie Zeugin B bei der Hauptverhandlung sagte) möglich ist, das entliehene Capital ein- bis zweimal in der Woche umzusetzen, und würde sich ergeben, dass der Gewinn bei jedesmaligem Umsatze ein weit grösserer, als von 1% sei (Angekl. Wenzel W spricht in seinem Verhöre von 10%), so wäre nicht mehr erkennbar, dass die Abgabe von 1% per Woche an den Capitalisten geeignet erscheine, das wirtschaftliche Verderben der Creditnehmer herbeizuführen, oder zu befördern; es würde sich vielmehr zeigen, dass mit Rücksicht auf die lucrative Natur des Geschäfts dem Capitalisten, in der juristischen Form einer allerdings abnorm hohen Verzinsung, ein Antheil am Gewinne gewährt wurde, den die Creditnehmer nach Lage der Sache ohne Gefahr für ihre wirtschaftliche Existenz zu leisten imstande waren. Diese Grundlage für die richtige Beurtheilung des Falls hat das erkennende Gericht sich zu verschaffen unterlassen, indem dasselbe davon ausging, ein Zins von 52% im Jahre sei unter allen Umständen maasslos und wirtschaftlich verderblich. Der von der Vertheidigung vor der Verhandlung gestellte und bei der Verhandlung wiederholte Antrag ist nun allerdings geeignet, dem Gerichte die nöthigen Anhaltspunkte zur Beurtheilung der Frage zu gewähren, ob das Fragnergeschäft ein so gewinnbringendes sei, dass von den Darleihensnehmern die mehrerwähnten hohen Zinsen gezahlt werden konnten, ohne ihren wirtschaftlichen Bestand zu gefährden. Bei der unbestreitbaren Relevanz der eben erörterten Umstände ist es unverkennbar, dass durch die Ablehnung des erwähnten Antrags die Angekl. in ihrem Rechte auf sorgfältige Erhebung auch der zu ihren Gunsten sprechenden, für die Prüfung des Vorhandenseins der Delictsmerkmale des im § 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1881 (RGB. 47) vorgesehenen Vergehens entscheidenden Einfluss nehmenden Umstände beeinträchtigt erscheinen, und dass durch die Ablehnung des gedachten Antrags Grundsätze des Verfahrens hintangesetzt worden sind, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Vertheidigung sichernden Verfahrens geboten ist.

246.

449. Zum § 496 StG. *a*) Begriff von „Classen oder Stände" der bürgerlichen Gesellschaft. *b*) Im Mindestmaasse der Strafdauer stimmen beide Strafsätze der Gesetzstelle überein; nur durch Grad und Höchstmaass des Arrests unterscheidet sich der höhere Strafsatz vom geringeren.

(**Plen.**-E. 29. März 1889, Z. 1514. Vors.: SP. Dr. Habietinek; GP.: R. v. Cramer.)

Gründe: G. T, verantwortlicher Redacteur der in Kuttenberg erscheinenden periodischen Druckschrift „Vesna Kutnohorská" wurde wegen der in der Nr. 24 vom 16. Dec. 1887 enthaltenen beschimpfenden Ausfälle gegen das Kuttenberger Scharfschützencorps und gegen den Handelsmann Adolf P der Uebertretung gegen

die Sicherheit der Ehre nach § 496 StG. schuldig erkannt und, weil das Scharfschützencorps „nicht als gewöhnlicher Verein, sondern als eine ganze Classe der bürgerlichen Gesellschaft“ anzusehen ist, unter Anwendung des § 260 bStG., nach dem höheren Strafsatze des § 496 StG. in die Strafe des achttägigen strengen, mit zweimal Fasten verschärften Arrests verfällt. Das Prager LG. aber, der Berufung der Privatkläger stattgebend, verhängte wider ihn strengen, mit zwei Fasttagen verschärften Arrest in der Dauer eines Monats, indem es von der Ansicht ausging, dass das beleidigte Scharfschützencorps einen ganzen Stand der bürgerlichen Gesellschaft darstellte. Der Standpunkt der beiden Gerichts-Instanzen ist jedoch rechtsirrtümlich.

Die bürgerlichen Schützencorps sind allerdings nicht nach dem Vereinsgesetze vom 15. Nov. 1867 (GGB. 134) zu beurtheilen; ihre gesetzliche Unterlage bildet das kais. Pat. vom 22. Aug. 1851 (RGB. 191). Sie lassen sich aber auch dem Begriffe von Classen oder Ständen der bürgerlichen Gesellschaft nicht unterstellen. Denn damit bezeichnet der Sprachgebrauch die aus der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung hervorgegangenen, nach Rang und Beruf geschiedenen Abtheilungen und Schichten der bürgerlichen Gesellschaft. Die Schützencorps sind, wie schon der Name ausdrückt, Körperschaften und als solche werden sie auch im § 27 der mit MVdg. vom 19. Jän. 1887 (RGB. 5) für den Landsturm herausgegebenen organisatorischen Vorschriften (Ges. vom 6. Juni 1886, RGB. 90) ausdrücklich benannt. Dass aber Classen und Stände der bürgerlichen Gesellschaft einerseits, und Körperschaften andererseits auch im Bereiche des Strafgesetzes auseinander gehalten werden, ist aus § 302 StG. zu ersehen.

Aus dem Vorausgeschickten erhellt, dass der im Schlussatze des §. 496 StG. angegebene Erschwerungsumstand, welcher für die Anwendung des höheren Strafsatzes Ausschlag gab, auf den gegebenen Fall nicht zutrifft. Allein selbst bei Zulässigkeit des höheren Strafsatzes steht das Erkenntnis der Berufungs-Instanz nicht auf gesetzlichem Boden. Dieser Strafsatz unterscheidet sich im § 496 StG. vom geringeren nur durch den Grad und die Maximaldauer des angedrohten Arrestes; drei Tage bilden für beide Strafsätze das Minimum der Freiheitsstrafe. Eine ausserordentliche Strafmilderung oder Strafumwandlung hatte somit das BG. nicht vorgenommen. Im Sinne der §§ 283 und 464, Z. 2 StPO. war daher die Berufung der Privatankläger als gesetzlich unstatthaft zurückzuweisen.

Es wurde demnach durch den Ausspruch über die Strafe sowohl des 1. R. als auch des Berufungsgerichts das Gesetz, nämlich der § 496 StG. und durch das U. des Berufungsgerichts, insbesondere die Bestimmung der §§ 283 und 464 StPO. verletzt. Aus diesem Grunde wurde der hierwegen erhobenen NB. der GP. Folge gegeben, das U. im Ausspruche über die Strafe aufgehoben, die Berufung der Privatankläger als unzulässig zurückgewiesen und auf Grund des aufrecht erhaltenen Schuldspruchs sofort erkannt . . . .

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.[1]

32. Voraussetzung für die Schadenersatzforderung des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers.

Die Bekl. ist durch die Weigerung der Annahme der dritten Lieferungsrate in Annahmeverzug gekommen und durch die bestimmte Verweigerung der Annahme jeder Rate ist die Kl. von der Verpflichtung zur Realofferte befreit worden. Die Kl. konnte nach Ablauf der Lieferzeit von jeder der ihr nach Art. 354 Hgb. zustehenden Befugnisse Gebrauch machen. Sie musste aber, wenn sie Schadenersatz fordern wollte, nach den Vorschriften des Art. 343 Hgb. verfahren. Wie das ROHG. und das RG. ausgesprochen haben, kommen die Bestimmungen der s. g. Verzugsartikel in allen Fällen, wo ihr Thatbestand vorliegt, ausschliesslich zur Anwendung. E. des ROHG. Bd. 14, Nr. 94, S. 292, U. des RG. in Sachen Arndt wider Volkmar Rep. 1 136 86. Die entgegengesetzte Ansicht ist von Cosack (Handelsrecht § 32, S. 159) ohne nähere Begründung aufgestellt. Mit Unrecht wird von der Rkl. behauptet, Art. 343 komme nicht zur Anwendung, wenn die Herstellung der Waare nur zum Zweck des Selbsthilfeverkauf erfolgen müsste. Das Gesetz macht keinen Unterschied. Es reprobiert für den Fall des Verzugs des Käufers die abstracte Schadensberechnung (U. I. C. S. vom 16. Febr. 1889, Nr. 347).

33. Rechtliche Folgen des Annahmeverzugs.

Was die Frage betrifft, welche rechtlichen Folgen an den Annahmeverzug sich knüpfen, welche Ansprüche dem Verkäufer bei dessen Vorhandensein aus dem Kaufvertrage zustehen, so wird dieselbe vom Hgb. nicht berührt, und sind in der Beziehung vielmehr die civilrechtlichen Grundsätze massgebend. Vergl. v. Hahn Bd. II, S. 271, § 7; Entscheidungen des ROHG. Bd. VII, S. 408 (U. II. C. S. vom 3. Mai 1889, Nr. 57).

34. Versicherung zu Gunsten dritter (der Familie): Unmittelbarer Uebergang des Rechts aus dem Versicherungsvertrage auf den Versicherten.

Zulässig war die Versicherungsnahme zu Gunsten der Familie. Wer diese Familie ist, ist bestimmbar. Gemeint war damit nach der Auslegung des BR. Frau und Kind. Ist dies anzuerkennen, so erwarben beide, und nachdem das Kind unstreitig vor dem Versicherungsnehmer verstorben, die allein übrig bleibende Frau mit dem Tode des Versicherungsnehmers das ihnen bis dahin bedingt und von der Verfügungsgewalt des Versicherungsnehmers abhängig eingeräumte Recht aus dem Versicherungsvertrage als ein nunmehr unbedingt wirksames und als eigenes Vermögensrecht, und zwar aus dem Versicherungsvertrage, nicht aus dem Nachlasse des Versicherungsnehmers. Darüber, dass dies, wie für das gemeine, so auch nach den §§ 2280, 2293 ff. Titel 8, Theil II des ALR. und namentlich in einem Falle, wie dem vorliegenden, in welchem der Ehemann zu Gunsten seiner Frau und seines Kinds versichert, auch nach preussischem Recht, selbst gemäss § 74 ff. Titel 5, Theil I des ALR. zulässig ist, kann auf die Ausführungen in dem

[1] Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.

U. des RG. in seinen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 1, S. 188 und 379 (vergl. Bd. 16, S. 126) und auf das U. des vormaligen Obertribunals zu Berlin in seinen Entscheidungen Bd. 72, S. 90 Bezug genommen werden. Vergl. auch U. des RG. vom 18. Mai 1887 VI. 129/87. Dabei hat das Obertribunal zwar sowohl in der bezeichneten E. wie schon in einer früheren E. — vergl. Entscheidungen Bd. 51, S. 46 (Striethorst Archiv Bd. 55, S. 82) und Bd. 71, S. 1 — den Vertrag, durch den das Recht dem dritten stipuliert ist, als eine letztwillige Verfügung, den zugewendeten Vortheil als letztwillige Zuwendung charakterisiert, indessen hat diese mit der Charakterisierung des Vertrags als Vertrag zu Gunsten eines dritten und dem Begriff der Verfügungen unter Lebenden und von Todeswegen unvereinbare, in sich unhaltbare Auffassung in der angezogenen E. des RG. Bd. 1, S. 380 bereits ihre Widerlegung gefunden. Vergl. auch Bolze, Praxis Bd. 1 Nr. 1129. Bd. 2 Nr. 1073, Bd. 4 Nr. 784. Daraus, dass, wie in den Vorinstanzen zur Sprache gebracht ist, der verstorbene Versicherungsnehmer bei seinen Lebzeiten die Polizze verpfändet hat, kann nicht geschlossen werden, dass er damit das für Frau und Kind gewollte Recht hat aufheben, den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage zu einem Anspruch seines Nachlasses hat machen, oder allen seinen Gläubigern hat zuwenden wollen. Es folgt daraus weiter nichts, als dass die Berechtigten das mit dem Tode des Versicherungsnehmers erworbene eigene Recht beschwert mit diesem Pfandrecht, erworben haben. Vergl. Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. 16, S. 126, 127, Bolze, Praxis Bd. 2 Nr. 1074 (U. I C. S. vom 15. Mai 1889 Nr. 94).

Verordnungen.

25.

Verordnung des Justizministeriums vom 16. Mai 1889, Z. 9344,

betreffend das Erscheinen einer Darstellung der politischen und Gerichtseintheilung der Königreiche Kroatien und Slavonien sammt Ortsrepertorium.

Auf Ersuchen der königlich kroatisch-slavonischen Landesregierung in Agram wird bekanntgegeben, dass von der genannten Landesregierung eine Darstellung der politischen und Gerichtseintheilung der Königreiche Kroatien und Slavonien sammt Ortsrepertorium herausgegeben wurde.

Exemplare à 1 fl. 50 kr. sind bei der Hilfsämterdirection der königlichen Landesregierung, Abtheilung für Inneres, erhältlich.

26.

Verordnung des Justizministeriums vom 18. Mai 1889, Z. 9702,

betreffend die Benützung der Operate des Grundsteuercatasters durch die Gerichte zum Zwecke der Amtshandlungen nach den Gesetzen vom 23. Mai 1883 (RGB. 82 und 83).

Anlässlich der seitens einer Finanzlandesdirection an die Steuerämter ergangenen Weisung, dass in der Regel auch den Gerichten blos die Einsichtnahme in die Catastraloperate, und nur im Amtslocale des Steueramts, bez. des Vermessungsbeamten ohne Entnahme von Notizen zu gestatten sei, hat das FM. auf Verwendung des JM. an die betreffende FLD. nachstehenden Erlass v. 8. Mai 1889, Z. 8576, gerichtet:

„In Gemässheit des § 58 des Ges. v. 23. Mai 1883 (RGB. Nr. 83) steht allerdings den Parteien blos das Recht der Einsichtnahme in die fraglichen Operate, nicht auch jenes der Notizentnahme aus denselben zu.

Wenn die Einsichtnahme aber seitens des Grundbuchsgerichts, und zwar zum Behufe der demselben nach dem Ges. v. 23. Mai 1883 (RGB. 82), betreffend die theilweise Aenderung der §§ 74 und 76 des allg. Grundbuchsgesetzes und nach dem Ges. v. 23. Mai 1883 (RGB. 83), betreffend die Evidenzhaltung des Grundsteuercatasters, obliegenden Amtshandlungen geschieht, welche die Herstellung und Erhaltung der Uebereinstimmung zwischen Grundbuch und Grundsteuercataster bezwecken, kann es nicht in den Intentionen des FM. gelegen sein, die Notizentnahme auszuschliessen.

Die Notizentnahme aus den Catastraloperaten ist den Grundbuchsgerichten daher zu gestatten, so oft die Einsichtnahme zu einem der erwähnten ämtlichen Zwecke erfolgt.

Die k. k. Direction wird angewiesen, die Einleitung zu treffen, dass den Grundbuchsgerichten zum Behufe der ihnen auf Grund der erwähnten Gesetze obliegenden Amtshandlungen die hiezu jeweilig benötigten Catastraloperate über Ersuchen unter den im hierortigen Erl. v. 21. Juli 1885, Z. 25137, festgesetzten Bedingungen auch zur Benützung im Amtslocale des Gerichts, bez. des Grundbuchsamts, ausgefolgt werden.“

Von dem Inhalte dieses Erlasses werden die Gerichte mit der Weisung in Kenntnis gesetzt, sich in vorkommenden Fällen die oben erwähnten Bedingungen, welche im Schlussabsatze der JMVdg. vom 25. Febr. 1885, Z. 3147 (JMVBl. 18, Seite 44) enthalten sind, gegenwärtig zu halten.

27.

Verordnung des Justizministeriums vom 23. Mai 1889, Z. 22217 anni 1888,

betreffend die Einreihung der Strafanstaltsdirectoren und des Directors des landesgerichtlichen Gefangenhauses in Wien in die VII. Rangsclasse, dann der Strafanstaltsdirigenten in die VIII. Rangsclasse und die Aenderung der Titel dieser Functionäre.

28.

Verordnung des Justizministeriums vom 6. Juni 1889, Z. 10603,

betreffend die Einlieferungsvorschrift für die Jugendabtheilung in der neuen Strafanstalt in Prag.

29.

Verordnung des Justizministeriums vom 7. Juni 1889, Z. 2728,

betreffend die Einlieferungsvorschrift für die neue Männerstrafanstalt in Marburg.

30.

Verordnung des Justizministeriums vom 8. Juni 1889, Z. 11104,

betreffend die den activen k. k. Staats- (und Hof-) Bediensteten auf Privat-Eisenbahnen zugesicherten Fahr- und Frachtbegünstigungen.

31.

Verordnung des Justizministeriums vom 14. Juni 1889, Z. 11801,

betreffend die Eintheilung des Schuljahrs in den Schulen der Männerstrafanstalten.

Die in den Dienstvorschriften der einzelnen Männerstrafanstalten über die Eintheilung des Schuljahrs in den Anstaltsschulen enthaltenen Bestimmungen werden in nachstehender Weise geändert:

Das Schuljahr beginnt am 2. November und dauert das erste Semester bis Ende April des folgenden Jahres.

Das zweite Semester beginnt am 1. Mai und endet am 30. September. Nach der Schlussprüfung des zweiten Semesters wird der tägliche Schulunterricht bis 2. November unterbrochen.

Die übrigen auf den Schulunterricht bezugnehmenden Bestimmungen der Dienstvorschriften bleiben aufrecht.

32.

Verordnung des Justizministeriums vom 18. Juni 1889, Z. 12039,

betreffend die Errichtung des Bezirksamts in Kotor-Varoš in Bosnien.

Mit Beziehung auf den hierortigen Erlass vom 8. Aug. 1880, Z. 11319, mit welchem unter anderem auch ein Schema der politischen, rücksichtlich gerichtlichen Eintheilung von Bosnien und der Herzegowina mitgetheilt wurde, wird bekanntgemacht, dass in Berücksichtigung der sowohl in administrativer als auch in volkswirtschaftlicher Beziehung notwendig gewordenen Territorialveränderung in den Bezirken Banjaluka und Jajce aus den nachbenannten 42 Gemeinden des Bezirks Banjaluka, und zwar: Bašić, Boljanić, Biliće (gornje und dolnje), Borci, Čepak, Čukovac, Durutovci, Garići, Hadrovci, Hrvačani, Jakotina, Jasik, Javorani, Kablovi, Kotor, Kotorište, Liplje, Lipovac, Maslovare, Obodnik, Orahovo, Plicka gornja, Plicka dolnja (mit Ortschaft Vrbanja), Podbrgje, Podosoje, Popovac, Prisoje, Ravne, Slatina na Vrbanji, Sokoline, Šahajnoviči, Sibovi, Timarčifluk, Tovladić, Vajrača, Varoš, Večići, Viševice, Vagani, Vranić, Zabrgje,

Zaselje und aus dem zum Bezirksamte Jajce gehörigen Sprengel der Bezirksexpositur Skender-Vakuf in dessen bisherigem Umfange und bei Belassung des Expositur-amts in Skender-Vakuf, ein neuer Bezirk mit dem Namen „Kotor-Varoš“ gebildet wurde, welcher der Kreisbehörde in Banjaluka untergeordnet und dessen Amtssitz in Kotor-Varoš aufgestellt wurde.

33.

Verordnung des Justizministeriums vom 24. Juni 1889, Z. 8438,

betreffend statistische Erhebungen über die Convertierungen von Hypothekarschulden, welche infolge des Ges. v. 9. März 1889 (RGB. 30) vorgenommen werden.

Miscellen.

(Niederösterreichische Landes-Hypothekenanstalt.) Vom Curatorium dieser neu gegründeten Anstalt kommt uns mit dem Statut derselben eine Mittheilung zu, der wir Folgendes entnehmen: Mit 1. Juli 1889 beginnt die niederösterreichische Landes-Hypothekenanstalt ihre Thätigkeit; diese ist nicht auf Gewinn gerichtet, sondern hat den Zweck, unter möglichst billigen Bedingungen auf die in Niederösterreich liegenden Realitäten Darlehen zu gewähren und die Rückzahlung derselben nur in kleinen Beträgen anzusprechen. In Verfolgung dieses Ziels verlangt die Anstalt eine nur vierprocentige Verzinsung ihrer Darlehen, obschon sie die von ihr hinausgegebenen Pfandbriefe ebenfalls mit 4% zu verzinsen hat und verpflichtet den Darlehensnehmer zu einer Jahresleistung (Annuität) von nur 4½% des ursprünglichen Darlehensbetrags zuzüglich ¼% des jeweiligen Darlehensrestes. Hiedurch werden nicht nur Zinsen und Regiebeitrag bezahlt, sondern auch das Capital in 55 Jahren zurückerstattet. Die Auszahlung der Darlehensvaluta erfolgt in vierprocentigen Pfandbriefen der Anstalt; dieselben werden ausschliesslich über gewährte Darlehen und nur in der Höhe der Darlehenssumme in Umlauf gesetzt. Der Gesammtbetrag der ausgegebenen Pfandbriefe darf die Gesammtsumme der Darlehen nicht übersteigen; das Land Niederösterreich haftet für alle Verbindlichkeiten der niederösterreichischen Landeshypothekenanstalt. Die Anstalt hat ihren Sitz in Wien, Landhaus, I. Herrengasse 13.

(Nichtvollstreckbarkeit von Urtheilen ungarischer Strafbehörden in Oesterreich.) Auf Ansuchen einer k. ung. StA. wurde von einem hierländigen Gerichte die Execution zur Hereinbringung der Strafprocess- und Strafvollzugskosten gegen einen in Ungarn wegen eines Verbrechens rechtskräftig abgeurtheilten österreichischen Staatsangehörigen gewährt. Nachdem die Executionsverfügung formal in Rechtskraft erwachsen war, erhielt das österr. JM. Kenntnis von dem Falle. Da nach dem in seinem Inhalte mit dem § 18 des ung. Gesetzartikels V vom Jahre 1878 übereinstimmenden § 36 des allg. StG. Urtheile ausländischer Strafbehörden in keinem Falle im Inlande zu vollziehen sind und da auf Grund der Reciprocität dieser Grundsatz auch Ungarn gegenüber sinngemässe Anwendung zu finden hat, sonach die Executionsverfügung gesetzwidrig war, so hat das k. ung. JM. auf Ansuchen des österr. JM. die betreffende k. ung. StA. zur Zurücknahme der eingeleiteten Executionsschritte veranlasst.

(Zahlung der Zinsen der Staatsschuldverschreibungen und Prioritätsobligationen der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn bei Cassen und Aemtern ausser Wien, Verjährung der Zinsen, dann Vermittlung der gedachten Cassen und Aemter bei Vinculierung, Devinculierung und Rückzahlung solcher Effecten.) Laut Kund-

machung des k. k. FM. vom 16. April 1889 Z. 1652 (FMVB. 12) haben die in der Kundmachung desselben vom 13. Juni 1887 Z. 644 (FMVB. 25) enthaltenen Bestimmungen über die Zahlung der Zinsen von Eisenbahn-Staatsschuldverschreibungen und Prioritätsobligationen bei Cassen und Aemtern ausserhalb Wien, die Verjährung der Zinsen, dann Vermittlung der gedachten Cassen und Aemter bei Vinculierung, Devinculierung und Rückzahlung solcher Effecten (vgl. diese Bestimmungen im JMVB. 1887, Seite 126) auch in Ansehung der auf Grund des Gesetzes vom 8. April 1884 (RGB. 51) aus Anlass der Einlösung der k. k. priv. Kronprinz Rudolf-Bahn ausgegebenen vierpercentigen Eisenbahn-Staatsschuldverschreibungen, sowie der vom Staate zur Zahlung übernommenen vierpercentigen Prioritätsobligationen dieser Bahn Anwendung zu finden.

(Fischereigesetz für Salzburg.) Das am 13. Mai 1889 ausgegebene IX. Stück der Gesetze und Verordnungen für das Herzogtum Salzburg enthält unter Nummer 10 das auf Grundlage der über die Regelung der Fischerei in den Binnengewässern im Reichsgesetze vom 25. April 1885 (RGB. 58) enthaltenen Bestimmungen beschlossene Fischereigesetz vom 25. Februar 1889.

(Aufhebung des Propinationsrechts in Galizien.) Mit dem galizischen Landesgesetze vom 30. Dec. 1875 (LGB. 1877, Nr. 55) wurde erklärt, dass das Propinationsrecht in Galizien gegen Entschädigung aufgehoben wird und wurden zu diesem Zwecke entsprechende Bestimmungen getroffen. Mit dem Landesgesetze vom 22. April 1889 (LGB. 30), welches gleichzeitig mit dem Reichsgesetze in Kraft tritt, mit dem die Propinations-Schuldverschreibungen und die Coupons derselben, sowie sämmtliche auf die Durchführung dieses Gesetzes Bezug habenden Verhandlungen von sämmtlichen Stempeln und Gebüren befreit werden, wurden 10 Paragraphe des Gesetzes vom 30. Dec. 1875 ausser Kraft gesetzt und haben neue Bestimmungen an deren Stelle zu gelten. Darnach verbleibt das Ausschanks- und Verschleissrecht der Propinationsgetränke in seiner ganzen Ausschliesslichkeit und in vollem Umfange im Besitze der Berechtigten bis Ende des Jahres 1890. Nach Ablauf dieses Termins geht dieses Recht auf das Land, bez. auf den Landespropinationsfond über. Nach Ablauf des Jahres 1910 erlischt dieses Recht gänzlich und für immer. Die Eigentümer des Propinationsrechts erhalten für die Entziehung desselben eine Entschädigung in vierpercentigen, vom Lande garantierten, längstens binnen 26 Jahren vom 1. Jän. 1890 an im Verlosungswege zu tilgenden Schuldverschreibungen. Diese Obligationen werden mit vom 1. Jänn. 1890 laufenden Coupons ausgegeben. Die Zinsen der Obligationen werden vom Propinationsfonde stets im vollen Betrage ohne jeden Steuer- oder sonstigen Abzug ausgezahlt. Für die Verwaltung des Propinationsfonds und des Propinationsrechts, sowie zur Feststellung der jedem Berechtigten zufallenden Entschädigung wird eine besondere Behörd unter dem Namen „K. k. Direction des galizischen Propinationsfonds“ bestellt. Diese Direction besteht aus dem k. k. Statthalter oder einem von demselben ernannten Stellvertreter als dem Vorsitzenden und aus 7 Mitgliedern, und zwar aus 2 vom Landesausschusse delegierten Mitgliedern, aus 2 vom k. k. Statthalter über Vorschlag des Landesausschusses aus der Mitte der Eigentümer jener Grundbesitzungen beigezogenen Mitgliedern, mit welchen bisher das Propinationsrecht verbunden war, aus 2 vom k. k. Statthalter ernannten Mitgliedern und einem Oberlandesgerichtsrate in Lemberg, welchen der Oberlandesgerichts-Präsident zu bestimmen hat. Die Directionsmitglieder, deren Functionsdauer auf 6 Jahre festgesetzt ist, werden von in derselben Weise berufenen Ersatzmännern vertreten. Die k. k. Direction des galizischen Propinationsfonds ist ermächtigt, im Namen dieses Fonds Schuldverschreibungen im Gesammtbetrage von 62,200.000 fl. zu emittieren. Zur Vertretung in den den Propinationsfond betreffenden Gerichtssachen, insbesondere aber zur Führung der Processe, zur Abgabe von juridischen Gutachten und zur Mitwirkung an der Ausstellung von Rechtsdocumenten wird die k. k. Propinationsfondsdirection ein eigenes Syndicat bestellen.

(Das Reichsgesetzblatt) enthält in Stück XXX, ausgegeben am 23. Mai 1889, unter Nummer 72 das Finanzgesetz für das Jahr 1889 vom 20. Mai 1889; in Stück XXXIII, ausgegeben am 5. Juni 1889, unter Nummer 78 die mit 1. Jänner 1890 in Wirksamkeit tretende Verordnung des Justizministe-

riums vom 8. Mai 1889, betreffend die Zuweisung der Gemeinde Dejšina aus dem Sprengel des Bezirksgerichts Rokycan zu jenem des städtisch-delegierten Bezirksgerichts Pilsen; in Stück XXXIV, ausgegeben am 5. Juni 1889, unter Nummer 83 das Gesetz vom 26. Mai 1889, betreffend die weitere zeitweilige Einstellung der Wirksamkeit der Geschwornengerichte für den Kreisgerichtssprengel Cattaro auf die Dauer eines Jahrs vom 24. Juni 1889 an und unter Nummer 84 das Gesetz vom 27. Mai 1889, betreffend die Verwendbarkeit der galizischen und bukowinaer Propinationsablösungs-Schuldverschreibungen zur fruchtbringenden Anlegung von Capitalien der Stiftungen, der unter öffentlicher Aufsicht stehenden Anstalten, dann von Pupillar-, Fideicommiss- und Depositengeldern, sowie zur Leistung von Cautionen; in Stück XXXVI, ausgegeben am 18. Juni 1889, unter Nr. 87 das Ges. vom 28. Mai 1889, betreffend die Errichtung eines Fürstl. Dietrichstein'schen Familienfideicommisses.

Fragen und Antworten.

Ad. 6. Wirkung des Versprechens, kein Gasthaus in einem bestimmten Orte zu besuchen.

Sehr geehrte Redaction!

Gegenüber der S. 342 auf die Frage Nr. 6 ertheilten Antwort, erlaube ich mir meine entgegengesetzte Auffassung folgendermassen zu begründen:

Es will mir scheinen, als ob die Antwort gar nicht den Kernpunkt der Frage treffen würde. Denn es handelt sich vorliegenden Falls nicht darum, dass B den A zwingen will, den Wirtshausbesuch zu unterlassen, sondern B macht lediglich seinen Anspruch auf den ihm versprochenen Betrag von 300 fl. geltend. Dieser Anspruch kann nun damit motiviert werden, dass A dem B 300 fl. unter einer affirmativen Suspensivbedingung — wenn er (A) ein Gasthaus besuchen werde — zugesagt hat. In dem Momente, wo die Bedingung erfüllt war, war auch der Anspruch auf die 300 fl. fällig. Allerdings ist es richtig, dass die Leistung des A kein Gegenstand des Verkehrs und B's Interesse an der Einhaltung des Vertrags ursprünglich kein pecuniäres war. Aber eben nur ursprünglich! B hat sein Interesse zu einem pecuniären zugespitzt, indem er sich bei Nichteinhaltung des Vertrags eine Zahlung von 300 fl. ausbedungen hat. Es ist ganz unleugbar, dass der Inhalt der in Frage stehenden Obligatio ein vermögensrechtlicher ist und der Betrag von 300 fl. auf Grund des § 861 bGB. eingeklagt werden kann. Die Antwort der geehrten Redaction war nun viel umfassender, und hat daher den Kern der Frage ausser Acht gelassen. Die Antwort beschäftigt sich damit, ob A gezwungen werden kann, den Gasthausbesuch zu unterlassen und kommt im Gegensatze zu Hasenöhrl und in Uebereinstimmung mit Unger (Pr. R. I, S. 372 Nr. 5) zu dem Schlusse, dass das Recht einen Zwang zur Erfüllung von Zusagen über Leistungen, die jenseits des Familien- und Verkehrslebens liegen, nicht gewähre. Diese Frage, welche für das österreichische Recht meines Wissens noch nicht gelöst ist und auch an den obersten Gerichtshof selten herantrat, war m. E. hier gar nicht zu berühren. Immerhin bemerkenswert erscheint die E. in GU. 3968, durch welche der Klage mehrerer Kaufleute in X mit der Schlussbitte, „dass die B auf Grund des von ihr unterzeichneten Circulars schuldig sei, an Sonn- und Feiertagen, mit Ausnahme der Markttage, von 4 Uhr Abends an ihren Waarenverschleiss einzustellen und die Verkaufslocalität zu schliessen", stattgegeben wurde, woran die erste Instanz die Begründung schloss, dass es nach § 861 bGB. jedem freisteht, sich einer Rechtsausübung zu begeben. Allerdings liegt diesem Falle ein gewisses pecuniäres Interesse der klagenden Kaufleute von X zu Grunde. Es lässt sich aber auch nicht verkennen, dass auch im hier strittigen Falle der Gastwirt B ein pecuniäres Interesse daran hatte, dass ihm seine Gäste nicht entzogen würden, und somit in dem Falle des Dr. D. S. auch dann der Klagsbitte stattzugeben gewesen wäre, wenn dieselbe sich lediglich darauf beschränkt hätte, dem A den Wirtshausbesuch bei Executionsvermeidung (Geldstrafen) zu verbieten — umsomehr aber, wenn sie nur die Zahlung der 300 fl. begehrt.[1]

Pilsen, den 13. Juni 1889.

Dr. Ernst Strauss.

---

[1] Die Frage, ob eine Leistung ohne Vermögenswert, die nicht Gegenstand des ökonomischen Verkehrs ist, Gegenstand eines rechtswirksamen Vertrags sein kann, ist eine sehr strittige, und lässt sich in dem engen Rahmen einer Antwort nicht leicht erledigen. Steht man aber auf dem Standpunkte, dass das Recht seinen Schutz nur den erlaubten Verträgen in den

7. Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gegen die Erben eines Defraudanten.

Der Cassier einer Vorschusscassa hat seinem Leben ein Ende gemacht, nachdem er aus der ihm anvertrauten Cassa bedeutende Geldbeträge entwendet hatte; die durch mehrere Jahre fortgesetzten Defraudationen wusste er dadurch zu verbergen, dass er empfangene Beträge in den Büchern der Vorschusscassa nicht in Empfang stellte.

Frage:

1. Beweist die blosse Nichtbuchung der in den Bücheln der Zahlenden bestätigten Empfänge die Nichtabführung derselben?

2. Im verneinenden Falle, wie hat die beschädigte Vorschusscassa die Defraudationen zu beweisen?

3. Ist die Verlassenschaft des Cassiers, vertreten durch die bedingt erbserklärte Witwe und die minderjährigen Kinder. bez. die erklärten Erben selbst verpflichtet, der Vorschusscassa über die Geldgebarung des Cassiers Rechnung zu legen?

4. Sind die Kosten der von der Vorschusscassa gegen die Verlassenschaft zu führenden Processe von der Verlassenschaft oder von den bedingt erbserklärten Erben aus Eigenem zu tragen?

Řičan, 24. Juni 1889. Dr. E.

Ad 1 und 2. Der Beweis der Defraudation kann wohl auch schon durch den Mangel der Buchung der erweislich empfangenen Gelder erbracht werden, wird aber am besten dadurch zu führen sein, dass vorerst der Empfang der Gelder seitens des Cassiers durch dessen Empfangsbestätigungen in den Bücheln der Zahler oder Einleger dargethan, dann ein Beweis durch Buchverständige in der Richtung geführt wird, dass mit Rücksicht auf jene Empfangsbestätigungen der Cassabestand im Zeitpunkte des Ablebens des Cassiers die Höhe von x fl. erreichen sollte, und endlich ein Beweis durch Zeugen oder Eid angeboten wird, dass der Cassabestand damals in Wirklichkeit nur x—y fl. ausgemacht hat.

Ad. 3. Ein Cassier, der im Bureau des Principals arbeitet und die Gelder innerhalb des Bureaus zu verwahren hat, ist nur Gehilfe, nicht Geschäftsführer des Principals, und daher diesem, der die Cassa wie die Bücher stets in seiner unmittelbaren Gewalt hat, zur Rechnungslegung „über die Geldgebarung“ nicht verpflichtet. Es kann daher eine solche Pflicht auch nicht seine Erben treffen.

Ad. 4. Die Frage ist zweifelhaft. Wir möchten uns aber aus den Gründen der oben S. 37 fg. unter Nr. 5 mitgetheilten oberstger. E. für die persönliche Kostenpflicht des im Processe wegen einer Nachlassschuld sachfälligen Erben entscheiden.

Gebieten des wirtschaftlichen Verkehrs und des Familienlebens seinen Schutz gewährt, so wird man in dem Falle der Frage 6 die oben verfochtene Auffassung kaum theilen können. Mag man sich auch den Vertrag zwischen A und B so zurechtlegen, dass A dem B 300 fl. unter einer affirmativen Suspensivbedingung — wenn er (A) ein Gasthaus besuchen werde — zugesagt hat“, so kann man doch hierin — von jenem Standpunkte aus — einen rechtswirksamen Vertrag unmöglich erblicken. Oder soll es ein rechtswirksamer Vertrag sein, wenn ein Mann seiner Frau oder ein Bräutigam seiner Braut 100 fl. verspricht, wenn er eine Cigarre rauchen sollte? Der Gegenstand des Versprechens ist doch hier, mag man dasselbe auch formulieren wie man will, immer nur eine Unterlassung, die kein Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs ist, während die eventuell versprochene Zahlung sich nur als eine Busse für die Uebertretung des primären Versprechens darstellt. Ist aber das primäre Versprechen rechtsunwirksam, so ist es auch das verstärkende Bussversprechen. Aber selbst wenn man sich aus der Verabredung nur ein bedingtes Zahlungsversprechen construieren wollte, so wäre doch dieses Versprechen, wo und soweit ihm keine Gegenleistung des andern Theils gegenüberstände, nur ein rechtsunwirksames Schenkungsversprechen. Die Redaction.

8. Passivlegitimation des Vertreters oder des Vertretenen für die Aufforderungsklage wegen Berühmung eines Rechts für den Letzteren durch den Ersteren?

Ist die Klage ex lege diff. auf eine von der mütterlichen Vormünderin einverständlich mit dem Mitvormunde in einer gerichtlichen Eingabe an die Vormundschaftsbehörde geschehene Berühmung eines Rechts „der Verlassenschaft", gegen die Mündel oder die Vormünderin und den Mitvormund als Diffamanten ohne Rücksicht auf das Vormundschaftsverhältnis zu richten?

Brüx, 29. Juni 1889. Dr. K.

Die gegen die Vormünder persönlich gerichtete Aufforderungsklage wäre vollkommen zwecklos. Die Mündel könnten ja ihren Anspruch trotz des jenen auferlegten Stillschweigens jederzeit geltend machen. Zweckentsprechend ist daher nur die Klage gegen die durch die Vormünder vertretenen Mündel. Sie ist gegen diese auch zulässig, sofern die Vormünder sich nicht eines eigenen, sondern eines Rechts ihrer Mündel berühmt haben, die ja durch Jene repräsentiert werden.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger: Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Der bücherliche Besitz.*

Von Dr. Burckhard.

Aus der bisherigen Darstellung hat sich ergeben, dass die Eintragung einer Person als Inhaber eines Rechts in die über die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden geführten öffentlichen Bücher den Eingetragenen keineswegs immer auch zum Berechtigten macht. Allein durch die Eintragung erhält der Eingetragene auch dann, wenn er nicht Berechtigter geworden ist, eine begünstigte Position, welche in vielen Punkten mit jener verglichen werden kann, welche dem Sachbesitzer und insbesondere dem Rechtsbesitzer zu Gute kommt. Auch diese Position stellt sich als die Rechtswirkung eines Zustands dar, aber nicht eines Zustands der Sache oder der Person, sondern eines Zustands des öffentlichen Buchs. Das Eingetragensein einer Person hinsichtlich einer Sache ist es, welches die Basis gewisser rechtlicher Wirkungen für diese Person hinsichtlich dieser Sache bildet.

---

* Von Burckhard's System des österreichischen Privatrechts liegt nun die erste Abtheilung des dritten Theils vor. Dieser ist der Darstellung der „einzelnen Privatrechtsverhältnisse" gewidmet, und die erste Abtheilung behandelt zunächst das erste Capitel des Vermögensrechts, den Besitz. Burckhard unterscheidet drei Arten des Besitzes: a) den Sachbesitz, d. i. das Haben einer Sache mit dem Willen sie zu behalten, b) den Rechtsbesitz, d. i. die Bethätigung einer von der Rechtsordnung als Gegenstand des rechtlichen Schutzes anerkannten Genussmöglichkeit, und c) den Tabularbesitz, d. i. die rechtliche Positition einer hinsichtlich eines bücherlichen Objects in den öffentlichen Büchern eingetragenen Person. Die beiden ersten Arten des Besitzes sind in dem schon 1885 (bei Manz) erschienenen ersten Hefte der ersten Abtheilung (S. 1—170) behandelt. Mit dem Tabularbesitz beschäftigt sich das zweite nun vorliegende Heft (S. 171—484), das sich als eine Monographie über das Grundbuchsrecht bezeichnen lässt. Mit der Systematik dieser Partie wird man wohl so wenig als mit der obigen Dreigliederung des Besitzes einverstanden sein. Nicht nur ist hier das Grundbuchsverfahren mit dem materiellen Grundbuchsrecht durcheinandergemengt, sondern es lässt auch die Darstellung des letzteren, abgesehen von der Unterbrechung durch die eingestreuten Erörterungen über das Verfahren, den systematischen Aufbau, ja selbst irgend eine übersichtliche Stoffanordnung gänzlich vermissen. Das Werk, welches im Ganzen wie die vorausgegangenen zwei ersten Theile von selbständigem scharfen Denken zeugt, zerfällt eigentlich in eine nur künstlich hergestellte Reihe von einzelnen Abhandlungen. Indessen sind diese Abhandlungen, für sich genommen, grossentheils ebenso gehaltreich als formvollendet. Um die Leser in den Stand zu setzen, sich über dieses Werk ein eigenes Urtheil zu bilden, theilen wir hier das Schlusscapitel desselben mit, und bemerken nur zum Verständnisse der ersten Seiten, dass die Darstellung sowohl des Sach- wie des Rechtsbesitzes bei Burckhard in dem folgenden Systeme aufgebaut ist: a) Besitz. α) Subjecte, β) Objecte des Besitzes, γ) das Besitzverhältnis: α_1) Erwerb, β_1) Verlust, γ_1) Wirkungen des Besitzes. Die Redaction.

Die innere Verwandtschaft dieses aus dem Eingetragensein resultierenden Rechtsverhältnisses mit den von uns als Sach- und Rechtsbesitz, resp. gemeiniglich als Besitz schlechtweg bezeichneten Rechtsverhältnissen hat auch in der Sprache der Jurisprudenz ihren zutreffenden Ausdruck gefunden, indem für dieses bücherliche Eingetragensein und seine eigentümlichen Wirkungen der Ausdruck Tabularbesitz der übliche geworden ist. Gewiss, derjenige, welcher vom Sachbesitze ausgeht und in dem Rechtsbesitze nur einen entarteten Sprössling desselben erblickt, der wird dem Tabularbesitz, da er eben ganz unabhängig ist von jeder sachlichen Herrschaft, den Charakter eines Besitzes nicht zugestehen können, und ebensowenig derjenige, für welchen die Weisheit der römischen Juristen das Alpha und Omega jeder Jurisprudenz bildet. Allein eben der Umstand, dass das, was wir Tabularbesitz nennen, kein Sachbesitz, kein auf ein äusseres Verhältnis zur Sache gegründetes Rechtsinstitut ist, und doch in seiner Structur und seinen Wirkungen so innige Verwandtschaft mit dem gemeinen Besitz zeigt, berechtigt, ja nötigt den Juristen, dem Besitzbegriffe einen allgemeineren Inhalt zu geben, bei strenger Scheidung der Begriffe des Sachbesitzes, des Rechtsbesitzes, des Tabularbesitzes als Rechtsinstitute von je eigentümlicher Structur, dieselben als innig verwandte Gebilde einer höheren Einheit unterzuordnen. Es mag gerne zugegeben werden, dass ein grosser Theil der in den vorstehenden Paragraphen erörterten Rechtslehren gar nicht in ein System des Privatrechts gehört, allein ihre eingehendere Behandlung erschien mir einerseits erforderlich, um den Boden für die Lehre vom Tabularbesitz zu gewinnen, anderseits zweckmässig, da es an einer wirklich systematischen Behandlung derselben fehlte.[1] Die Lehre vom Tabularbesitz[2] jedoch gehört zweifellos in das Privatrecht und der einzige Platz für selbe ist neben jenem, an dem die Lehre vom gemeinen Besitze behandelt wird.

---

[1] Die bunte Aneinandereihung von Sätzen und Citaten, wie sie bei Schiffner Regel ist, kann wohl den Anspruch auf den Namen einer systematischen Darstellung nicht erheben; wissenschaftliche Durcharbeitung des gesammelten positiven Stoffes ist von ihm kaum versucht, geschweige dass sie gelungen wäre.

[2] Arndts nennt gelegentlich (KrVJS VIII S. 392) den Tabularbesitz ein „Gespenst, das in der öst. Besitztheorie unheimlich umgeht, nun aber hoffentlich bald seine Ruhe findet". Der Vorwurf richtet sich aber, wie aus dem Zusammenhange hervorgeht, nur gegen das Wort, resp. die (auch von Randa Besitz § 5, bekämpfte) Vermengung des Tabularbesitzes mit dem Sachbesitz, nicht gegen die Sache, indem auch Arndts den „factischen Zustand des Eingetragenseins eines Rechts" als Basis „gewisser eigentümlicher Wirkungen" anerkennt. Gegen den Ausdruck Tabularbesitz auch Unger, GZ. 1868 Nr. 25, der für selben das Wort „Tabularstand" vorschlägt; allein die Nichtanerkennung des Begriffs Tabularbesitz drängt eben Unger zu jener bekannten Annahme einer Duplicität des Eigentums nach Analogie des bonitarischen und quiritischen Eigentums des r. R., welche er im Sächs. Entwurf (1853) S. 111 noch selbst entschieden abgelehnt, ja deren Wiederbelebung er „ebenso abgeschmackt als unpassend" genannt hatte (S. 109). Gegen die Behandlung von Sachbesitz und Tabularbesitz als coordinierte Begriffe auch Randa l. c.



Wenn wir uns nun der Lehre vom Tabularbesitze selbst zuwenden, so würde sich nach der beim Sach- und Rechtsbesitz gewählten Behandlungsweise ergeben, dass von den Subjecten und Objecten des Tabularbesitzes und dem Tabularbesitzverhältnisse zu handeln wäre, und dass der letzterwähnte Abschnitt wieder in die Lehre vom Erwerb, vom Verlust und von den Wirkungen des Tabularbesitzes zerfiele. Allein es wird nicht erforderlich sein, diese Gesichtspunkte hier eingehend zu verfolgen, da das Meiste von dem unter sie zu Reihenden bereits bei Behandlung des formellen Tabularrechts erörtert wurde und erörtert werden musste.

Wenn wir vorerst nach den Subjecten des Tabularbesitzes sehen, so werden wir die Frage, ob jemand hätte als Inhaber eines Rechts bücherlich eingetragen werden sollen, strenge auseinander halten müssen von jener, was zu geschehen hat, wenn er factisch eingetragen ist. Der Umstand, dass jemand unfähig ist, Eigentum an einem Immobile oder ein anderes Recht an einem solchen zu erwerben, wird eine Abweisung seines Begehrens um Eintragung rechtfertigen, er mag auch dazu führen, dass eine vorgenommene Eintragung wieder beseitigt wird, aber wenn sie einmal vorgenommen ist und solange sie besteht, werden wir ihr gewisse Wirkungen aus dem Zustande des Eingetragenseins nicht absprechen können und nur jene Wirkungen des Eingetragenseins werden auszuschliessen sein, welche darin bestünden, dass der Eingetragene das Recht, welches zu erwerben er unfähig ist, infolge seines andauernden Eingetragenseins erwürbe.

Welche Objecte Gegenstand bücherlicher Eintragungen sein sollen, wurde bereits erörtert: allein auch hier werden wir uns gegenwärtig zu halten haben, dass, wenn einmal Objecte, welche nicht Gegenstand des öffentlichen Buchs und der Eintragung bücherlicher Rechte hätten werden sollen, doch solche geworden sind, insolange die bücherliche Eintragung besteht, auch Raum für einen Tabularbesitz gegeben ist.

Was Entstehung und Endigung des Tabularbesitzes betrifft, so werden sie scharf markiert durch den Act der Intabulation und Extabulation. Der Zeitpunkt der Setzung des Eintragungsanlasses (Gesuchsüberreichung) ist auch für die Frage der Entstehung und Endigung des Tabularbesitzes maassgebend, wenngleich erst in einem späteren Zeitpunkte (dem der Bewilligung) klar wird, dass Tabularbesitz wirklich entstand oder verloren wurde. Der Tabularbesitz entsteht und erlischt aber nur, wenn und insoweit die Eintragung selbst wirklich erfolgte; wenn und insolange sie nicht erfolgt ist, kann auch der Tabularbesitz noch nicht, resp. noch geltend gemacht werden. Ebenso verhält es sich mit der Vormerkung, sie begründet zunächst noch keinen Tabularbesitz, solange nicht die Rechtfertigung erfolgt ist, kann der Eingetragene die Wirkungen des Tabularbesitzes nicht für sich in Anspruch nehmen; ist sie aber gerechtfertigt, so ist klar, dass schon die Vormerkung die Wirkungen der Einverleibung hat, und es ist daher, soweit dies noch in Frage kommen kann (also

speciell bei der Tabularersitzung), der Tabularbesitz schon von der Ueberreichung des Gesuchs um Vormerkung an zu rechnen. Umgekehrt hindert die Vormerkung eines Löschungsgesuchs den Eingetragenen zunächst nicht an der Ausübung des Tabularbesitzes, allein durch die spätere definitive Löschung wird klar, dass der Tabularbesitz bereits früher erloschen war, und es fehlt daher an dem Substrate für eine der Vormerkung angeblich nachgefolgte Vollendung der Tabularersitzung.

Speciell was die Erlöschung des Tabularbesitzes betrifft, so ist hier zu erinnern, dass, wie zwar ohne Eintragung dingliche, resp. absolute Rechte an Realitäten nicht entstehen können, aber nicht jede Eintragung das dingliche Recht erzeugt, auch ohne Eintragung der Löschung das dingliche Recht nicht untergeht, aber nicht jede Löschung den Untergang des dinglichen Rechts zur Folge hat; wie somit Tabularbesitz ohne Recht entstehen kann, so kann das einmal verbücherte Recht auch trotz Aufhören des Tabularbesitzes, ohne Tabularbesitz fortbestehen.[3] Auch von einem solchen Rechte gilt das oben § 180 II. 1 c, S. 314 ff. Gesagte, dass es nicht verjährt.

Es erübrigt somit nach dem Ausgeführten an dieser Stelle nur mehr die Erörterung der Wirkungen des Tabularbesitzes.

Eine Wirkung des Tabularbesitzes ist nun, sowie beim Sach- und Rechtsbesitze, der Schutz des Besitzers wider Aufforderungsklagen. Wer bücherlich als Berechtigter eingetragen ist, wer den Schein des Rechts auf seiner Seite hat, der kann nicht dazu verhalten werden, das eingetragene[4] Recht darzuthun, wer dasselbe bestreitet, möge es unternehmen, seinen Nichtbestand darzuthun.

---

[3] Vgl. Krainz, GZ. 1869 Nr. 100, S. 405 u. o. § 180 Nr. 15. Es ist dies nicht allgemein anerkannt. Vgl. z. B. Exner Hyp. R. § 78, S. 603; wenn derselbe behauptet, dass durch Annullierung des Löschungsacts eine neue Hypothek geschaffen wird, welche sich in Priorität, Inhalt, Umfang von jenem gelöschten Rechte unterscheiden kann, so erachte ich hieran nur als richtig, dass die Hypothek unter Umständen eben nicht in allen Richtungen restituiert werden „kann"; allein daraus folgt nicht, dass es sich nicht um die Restituierung der gelöschten Hypothek handelt, sondern umgekehrt folgt daraus, dass selbst die frühere Priorität gegen denjenigen, der von der Vitiosität der Löschung Kenntnis hatte, gewahrt bleibt, dass wirklich das ursprüngliche Pfandrecht bücherlich restituiert wird. Wenn man übrigens einmal zugiebt, dass nicht jede bücherliche Einverleibung Eigentum schaffe, erscheint es nur als eine selbstverständliche Folge dieses Satzes, dass nicht jede bücherliche Löschung (und eine solche liegt ja auch in der Eigentumsübertragung) Eigentum vernichte, da sonst der eine aufhören würde, Eigentümer zu sein, ohne dass der andere es wird, also das Reale res nullius würde.

[4] Nicht zu verwechseln mit der unzulässigen Aufforderungsklage wider den Hypothekar, sein Pfandrecht darzuthun, ist die auf Darthuung der Forderung gerichtete Aufforderungsklage, welche sowohl bei Cautions- oder Credithypotheken als auch dort zulässig ist, wo der Bestand der Schuld als Personalschuld, resp. als einer über die Haftung des Reales sich hinaus erstreckenden behauptet wird. Allgemein behauptet die Zulässigkeit der Aufforderungsklage auf Darthuung der hypothecierten Forderung Minasiewics Tabularbesitz S. 107, Z. f. ö. R. 1835 II S. 371, 1839 II N. XXIII S. 244—251, mit der weiteren Annahme, das Intabulationsbegehren enthalte eine Berühmung.

Zur Begründung dieser Ansicht könnte man sich vielleicht auf § 323 im Zusammenhange mit §§ 321 und 322 i. f. des bGb. berufen und geltend machen, dass die Redactoren die Begriffe des gemeinen und des Tabularbesitzes nicht scharf schieden, und daher im einzelnen Falle zu prüfen sei, ob, was sie vom Besitz schlechtweg sagten, nicht auch auf den Tabularbesitz Anwendung zu finden habe.[5] Allein wir bedürfen dessen gar nicht. Aus unserem ganzen Rechtsinstitute ergiebt sich nemlich ein Satz von viel weitgehenderer Wirkung, als der des § 323 bGb. der auch jenen in sich einschliesst: der Eingetragene gilt in jeder Hinsicht als der Berechtigte, und auch dort, wo seine Eintragung nicht ein Recht zu erzeugen vermochte, kann nur durch einen wider ihn gerichteten Angriff dargethan werden, dass sein Recht ein Scheinrecht ist. Er braucht die Entstehung seines Rechts gar nie auf ausserbücherliche Thatsachen zurückzuführen, sein Beweis liegt in der blossen Producierung des Grundbuchsstandes[6] (vgl. OGH. 23. Nov. 1870 G. U. 3965). Eben darum braucht er aber auch gar nicht wie der Sach- und der Rechtsbesitzer eine besondere Klage zum Schutze und zur Geltendmachung seiner Position: er hat eo ipso die Klage des Berechtigten, die Eigentumsklage, Pfandklage, Servitutsklage, er hat sie, solange er Eingetragener ist, und der Beklagte kann ihr nicht anders entgegentreten als indem er exceptiv[7] die Eintragung selbst bekämpft, also nur insoferne er berechtigt wäre, eine Löschungsklage anzustrengen. Den Eingetragenen schützt die petitorische Klage, solange sein Besitz nicht selbst umgestossen wird, geschieht dies aber, so hat er der Löschung gegenüber wieder nur die Löschungsklage; einer Klage

[5] Vgl. Cod. Ther. II Cap. 24 § 5 n. 82: „Die Wirkungen des erworbenen Besitzrechts ... sind ... dass kein Besitzer die Erwerbungsursache oder den Ankunftstitül zu der in Besitz habenden Sache zu erweisen schuldig, sondern bei Fahrnissen an deme, dass er sie in seiner Gewahrsame habe, und bei liegenden Gütern an der auf ihn lautenden landtäflichen stadt- oder grundbücherlichen Verschreibung genug seie, solange von dem Gegentheil keine ihme hieran gebürendes stärkeres Recht erwiesen wird"; vgl. II 21 § 17 Entwurf Horten's.

[6] Soweit eben derselbe reicht; daher braucht in der Regel der Pfandgläubiger auch den Bestand seiner Forderung nicht darzuthun (vgl. OGH. 23. Juni 1875 G. U. 5772), wenn jedoch das Pfandrecht nur für einen Maximalbetrag eingetragen ist (Cautions- und Credithypotheken; § 14 GbG.), muss allerdings der Hypothekar beweisen, dass er eine Forderung hat und wie gross sie ist, und dies gilt auch von aus der Zeit vor Erlassung des GbG. herrührenden, auf keine bestimmte Geldsumme lautenden Hypotheken. Vgl. Exner Hyp. R. § 74, S. 574.

[7] Vgl. Krainz GZ. 1868 Nr. 98, 1869 Nr. 13; Unger, GZ. 1868 Nr. 26; Strohal Eig. an Imm. § 5; Randa Eig. I § 17, S. 346. Der OGH. wies mit E. 9. Dec. 1857 G. U. 484 über Einwendung der Ersitzung, mit E. 20. Juli 1871 G. U. 4232 über Einwendung des Beklagten, der Tabularbesitzer habe ihm ein Grundstück geschenkt und (nur physisch, aber nicht bücherlich) übertragen, mit E. 19. Aug. 1862 G. U. 1550 über Einwendung des Beklagten, der Tabularbesitzer habe an des Beklagten Vormann verkauft und tradiert, mit E. 31. März 1881 G. U. 8354 über Einwendung des Beklagten, der Autor des Klägers habe mit Wissen des Letzteren schon vorher an Beklagten verkauft und tradiert, mit E. 24. Sept. 1885, Z. 9570, GZ. 1887 Nr. 46 über Einwendung der Ersitzung die Eigentumsklage des bücherlich eingetragenen Eigentümers ab. Irrig hingegen 26. Juli 1865 G. U. 2235.

ähnlich den Besitzklagen bedarf er gar nicht, denn jede eigenmächtige Störung des bücherlichen Besitzes soll ja eben durch die Führung der öffentlichen Bücher durch die Gerichte ausgeschlossen sein, der Tabularbesitz kann nicht anders beseitigt werden, denn durch richterliche Entscheidung und Verfügung.

Wenn wir so gefunden haben, dass der Tabularbesitzer geradezu die petitorischen Klagen hat, so werden wir noch einen Blick auf die Situation des Nichttabularbesitzers werfen müssen. Es wurde schon erwähnt, dass trotz Endigung des Tabularbesitzes das dingliche Recht als Recht des aus dem Buche Gedrängten fortbestehen kann. In diesen Fällen hat derselbe allerdings die petitorische Klage, welche nicht notwendig mit der Löschungsklage combiniert zu werden braucht. Setzt der Tabularbesitzer der petitorischen (auf die seinerzeitige Eintragung gegründeten) Klage die Löschung, resp. Veränderung dieses Eintrags, also seinen Tabularbesitz exceptiv entgegen, so kann der Kläger mit der Vitiosität dieser Löschung, resp. Veränderung replicieren, geradeso wie er der petitorischen Klage des Tabularbesitzers exceptiv diese Vitiosität entgegensetzen könnte. Derjenige aber, welcher, da er nie bücherlich eingetragen war, auch nie ein dingliches Recht erworben hat, hat die petitorische Klage überhaupt nicht, allein bei Vorhandensein der betreffenden Voraussetzungen[8] wird ihm die Publicianische Klage zustehen,[9] und auch hier mag er der Berufung des etwa beklagten Tabularbesitzers auf seinen Tabularbesitz die Einwendung der etwaigen Vitiosität desselben entgegensetzen; er hat aber auch eine Klage auf Zuerkennung eines dinglichen Rechts wider den Tabularbesitzer und sohin auf Löschung der Eintragung des Tabularbesitzers, resp. auf Beseitigung oder Beschränkung derselben durch seine eigene Eintragung.

---

[8] Vgl. Syst. III § 154. Der Pfandrechtsbesitzer hat keine Rechtsbesitzklage (vgl. S. 124 cit.); dem ausserbücherlichen Cessionar steht somit auch keine Hypothekarklage zu (OGH. 2. Juni 1870 G. U. 3806, 29. Juli 1885, Z. 8828, NZ. 1886 Nr. 20); anders 7. Nov. 1871 G. U. 4299, 29. Juli 1873 G. U. 5049, 29. März 1876 G. U. 6078 (wo sogar die Anmerkung der Hypothekarklage bewilligt wurde), 2. Juli 1885, Z. 7542 GH. 1886 Nr. 46. Demjenigen, dessen Pfandrecht widerrechtlich gelöscht wurde, steht jedoch nach dem oben Ausgeführten die Hypothekarklage allerdings zu.

[9] Vgl. Randa Besitz § 5 Nr. 22, Eig. I § 17 Nr. 18; Strohal Eig. an Imm. S. 89 f., der aber die Publiciana nur gegen den „nicht eingetragenen non dominus“ zugestehen will; Unger, GZ. 1868 Nr. 26; Ogonowski, GZ. 1875 Nr. 89. A. A. Krainz, GZ. 1868 Nr. 99, 1869 Nr. 13 mit der Begründung, dass bei der Publiciana nur „von dem Eigentum des Vormannes, nicht aber auch von den sonstigen Erfordernissen eines derivativen Eigentumserwerbs abgesehen wird“ (vgl. hingegen o. § 154 Nr. 8); ein Bedenken könnte sich höchstens daraus ergeben, dass der Nichteingetragene füglich nicht behaupten kann, er sei Eigentümer, resp. dass er wissen muss, er sei aus einem formalen Grunde noch nicht Eigentümer geworden. Allein gerade bei Tabularobjecten werden wir von diesem Momente abstrahieren dürfen, nicht der Tabularbesitzer, sondern der Nichttabularbesitzer braucht ja die Publiciana, es genügt, dass er den Anspruch auf Intabulation erlangt hat, behaupten kann, sich so gerieren zu dürfen, als wäre er Eigentümer.

Der Tabularbesitz ist jedoch nicht nur mit dem Gewande des Rechts bekleidet, so dass der Tabularbesitzer bis zum Beweis des Nichtbestands seines Rechts als Berechtigter anzusehen ist, die „Vermutung“,[10] er sei berechtigt, für sich geltend machen kann, auch dem Tabularbesitze wohnt gleich dem Rechtsbesitze eine rechtserzeugende Kraft inne, so dass er auch dort, wo ihm nicht sofort das eingetragene Recht correspondierte, zur Entstehung des Rechts führen kann.[11] Allein eben darum, weil der Eingetragene bereits den Schein des Rechts für sich hat, und, soweit er nicht freiwillig seinen Tabularbesitz aufgiebt, nur durch ein gerichtliches Erkenntnis, durch einen Angriff des durch den Bestand des Tabularbesitzes in seinen Rechten Verletzten desselben entkleidet werden kann, tritt hier die Unterlassung des Angriffs als rechtserzeugender Factor in den Vordergrund; erscheint beim Rechtsbesitz der Verlust des Rechts und mit ihm der Klage auf Seite des Gegners als Folge des Rechtserwerbs durch den Ersitzer, so erscheint hier der Verlust der Klage des Gegners als die Voraussetzung des Erwerbs des Rechts für den Eingetragenen. Der Berechtigte „verschweigt“ sich seines Angriffrechts und darum wird der Tabularbesitz unangreifbar, wird, obwohl ihm kein Recht correspondierte, zum bücherlichen Recht.

Die rechtserzeugende Wirkung des bücherlichen Besitzes wird daher nicht unter den Begriff der Ersitzung, sondern unter den der Verschweigung subsumiert. Gegen diese Unterscheidung kann gewiss nichts eingewendet werden, insoferne sie zum Ausdrucke bringt, dass jene Grundsätze, welche von der Ersitzung des Rechtsbesitzers handeln, durchaus nicht eo ipso auf den Rechtserwerb durch andauernden Tabularbesitz Anwendung finden können, und dass es sich um zwei Rechtsinstitute handelt, welche je einem verschiedenen Rechtssysteme entsprungen sind. Allein gerade bei der Verschweigung an Tabularobjecten ist eben auch der Tabularbesitz eine unerlässliche Voraussetzung des Rechtserwerbs durch Verschweigung und so stellt sich dieser Erwerb allerdings auch als eine Wirkung des Tabularbesitzes dar, der fortdauernde Besitz wird, weil er fortdauert, d. i. weil er nicht angegriffen wird, zum Rechte. Wir werden auf diese Seite des Instituts der Verschweigung umsomehr Gewicht legen müssen, als sie bei der Redaction unseres bGb. ganz einseitig betrachtet und über ihr die Sondernatur des Rechtserwerbs des Tabularbesitzers als Verschweigung nicht zum Ausdrucke gebracht wurde, vielmehr das bGb. die Tabularersitzung mitten in der Lehre von der Ersitzung u. zw. in einer Weise behandelt, als ob Alles, was von der Ersitzung des Rechtsbesitzers gilt, auch von ihr gälte. Wir werden

---

[10] Vgl. § 826 des Entwurfes eines bgl. GB. f. d. D. R.: „Es wird vermutet, dass derjenige, für welchen ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte in das Grundbuch eingetragen ist, das Recht erworben habe, und dass ein Recht, dessen Erlöschen in das Grundbuch eingetragen ist (Löschung), aufgehoben sei“.

[11] Ueber die „Tabularersitzung“ vgl. Unger II § 104, S. 278 f., 284 f.; Randa Die Tabularersitzung NZ. 1881 Nr. 50 (übers. a. d. Böhm.).

aber anderseits durch diese Behandlungsart uns umsoweniger davon abhalten lassen dürfen, zu prüfen, ob durch diese Nebeneinanderstellung wirklich eine vollkommene Auflösung des Instituts der Tabularverschweigung oder, wie es auch genannt wird, der Tabularersitzung in dem der Ersitzung erfolgt sei, als die spätere Legislation, nemlich das GbG. wieder auf die rechtliche Natur der Tabularverschweigung als eines Sonderinstituts zurückgegangen ist.[12]

Es wird zweckmässiger sein, zunächst von dem GbG. auszugehen, um auf diese Weise Klarheit zu gewinnen, ob und inwieweit die Bestimmungen des bGb. über Tabularersitzung überhaupt noch praktische Bedeutung haben.

Das GbG. behandelt die Tabularverschweigung in der Lehre von den Anmerkungen u. zw. im Abschnitte von „Löschungsklagen und Streitanmerkungen“. Es erörtert nur die Frage, wann die Klage einer Person, welche durch eine Einverleibung in ihrem bücherlichen Rechte verletzt erscheint, erlischt, und spricht gar nicht einmal ausdrücklich aus, dass infolge Erlöschung der auf Löschung zielenden Klagrechte die Eintragung, welche früher ein Recht nicht zu begründen vermocht hatte, nunmehr zum Recht werde; es ist dies aber nur eine Consequenz einerseits davon, dass eben die äussere Form des Rechts schon mit der Eintragung gegeben ist, anderseits davon, dass, wenn man einmal von der Zulässigkeit der Löschungsklage ausgeht, in jenen Fällen, in welchen diese zeitlich präcludiert ist, die Frage, ob die Eintragung eine constitutive war oder nicht, gar nicht mehr zur Prüfung gelangt, wie denn auch dort für eine Verschweigung des Löschungsanspruchs Raum ist, wo die Eintragung sofort das eingetragene Recht geschaffen hatte (vgl. o. § 180 S. 327). Das infolge der Erlöschung der Anfechtungsklagen das eingetragene Recht unanfechtbares, d. i. wirkliches Recht wird, kann somit auch nach dem GbG. nicht bezweifelt werden.

Das GbG. unterscheidet nun, wie oben in § 180 erörtert wurde, zwischen solchen Angriffen, welche eine Eintragung ohne Rücksicht auf die Giltigkeit vorhergegangener Eintragungen als selbst ungiltig bezeichnen, und solchen Angriffen, welche eine Eintragung darum für ungiltig erklären, weil ihr vorausgehende, sie fundierende Eintragungen ungiltig sind. Vom Standpunkte der ersten vitiosen Eintragung aus handelt es sich im ersten Falle um einen Angriff wider jene Personen, welche durch die vitiose Eintragung selbst berechtigt oder entlastet wurden (§ 62 GbG.), im zweiten Falle um einen Angriff wider dritte Personen (§§ 63, 64 GbG.).

Angriffe nun wider solche dritte Personen, welche von dem Vorhandensein des Löschungsanspruchs keine Kenntnis hatten, somit in gutem Glauben[13] hinsichtlich der Giltigkeit ihrer und der fundierenden Eintragung waren, sind nach dem GbG. im Allge-

[12] „Die Tabularersitzung ist wieder zur Tabularverjährung geworden“ (Randa NZ. 1881, S. 298).

[13] Ueber die Voraussetzungen der bona fides beim Tabularbesitz, resp. der Tabularverschweigung s. o. § 180 II.

meinen (vgl. aber o. § 180 II 1 b) nur in einer Präclusivfrist (der Recursfrist, wenn aber eine Zustellung an den in seinen bücherlichen Rechten Verletzten nicht erfolgte, binnen drei Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Eintragungsanlass gesetzt wurde), zulässig: der gutgläubige Tabularbesitzer, dessen Eintragung nur darum nicht das eingetragene Recht erzeugte, weil eine fundierende Voreintragung bereits vitios war, erwirbt also das eingetragene Recht, resp. die wirkliche Befreiung von einer gelöschten Last mit Ablauf der erwähnten Präclusivfrist.[14] Für ihn sind somit (von dem Falle einer Universalsuccession vorläufig noch abgesehen) die Bestimmungen des bGb. über die Tabularersitzung gegenstandslos geworden, auf den nicht gutgläubigen Dritten aber können sie eo ipso keine Anwendung finden, da die bona fides, wie gezeigt werden wird, eben auch Voraussetzung der Tabularersitzung ist.

Für jene Fälle aber, in denen der Löschungsanspruch gegen den Inhaber der ersten vitiosen Eintragung oder seinen Universalsuccessor sich richtet, verweist das GbG. selbst auf die Bestimmungen des bGb., indem es in § 62 festsetzt, es sei „die Dauer des Klagerechts nach den bestehenden civilrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung zu beurtheilen“. Mögen hiemit auch in erster Linie die Bestimmungen über Klagenverjährung[15] gemeint sein, so sind doch nach dem Sprachgebrauche des bGb. zum Mindesten auch die über Ersitzung, und da das bGb die Tabularverschweigung als Ersitzung behandelt, auch die über die sog. Tabularersitzung nicht ausgeschlossen; wir werden vielmehr sagen müssen, die Löschungsklage sei auch erloschen, wenn etwa derjenige, wider welchen sie angestrengt werden soll, nach dem bGb. auf Grund der Natural- oder der Tabularersitzung in jene rechtliche Position gelangt ist, welche durch die vitiose Eintragung geschaffen werden wollte.

Das bGb. behandelt die Tabularverschweigung in den §§ 1467, 1469 in der Lehre von der Ersitzung, zwischen Paragraphen, welche zweifellos von der Ersitzung handeln, und nennt sie selbst Ersitzung schlechtweg. Die §§ 1467, 1469 werden daher jedenfalls zuerst vom Gesichtspunkte der Ersitzung aus zu betrachten sein, d. h. es wird zu erörtern sein, welches Resultat sie ergeben, falls hier wirklich Ersitzung vorliegt.

Die ordentliche Ersitzung — und nur um eine solche könnte es sich ja in §§ 1467, 1469 handeln (§ 1477) — kann nur den Mangel in der Berechtigung des Tradenten, resp. Autors ersetzen (Syst. III § 156, S. 140), eine Ersitzung auf Grund der Universalsuccession wäre überhaupt ausgeschlossen (S. 144 cit.), eine ordentliche Ersitzung bei Tabularobjecten nur möglich, 1. wenn der Autor ein Anderer war als der bücherlich Berechtigte (etwa ein Namens-

---

[14] Mit Recht wendet sich Krasnopolski, Grünh. Zt. X, S. 476, gegen die Ansicht Schiffner's, dass es sich hier um eine Verjährungsfrist handle.

[15] Nur auf diese bezieht sie Randa, NZ. 1881, S. 297 Nr. 3, und er kommt demgemäss zu dem Schlusse, die Tabularersitzung des bGb. sei durch das GbG. beseitigt (vgl. auch S. 298 ad N. 11).



vetter desselben), 2. wenn der bücherlich Berechtigte wohl selbst der Autor war, aber sein eigenes bücherliches „Recht“ bücherliches Unrecht war, oder 3. wenn überhaupt noch kein bücherlicher Autor da war, das Reale noch gar nicht im Grundbuche stand, die Eintragung, welche zum Rechte erstarken soll, also bei der Neuanlegung oder Ergänzung eines Grundbuches erfolgte und der Eingetragene sein Recht (ausserbücherlich) von einem Anderen als dem (ausserbücherlich) Berechtigten ableitete.

Auf den Fall 2 ist weiter nicht Bedacht zu nehmen, denn der Autor selbst kann eine Löschungsklage, da sie sich nur auf die Vitiosität seines eigenen bücherlichen Rechts stützen könnte, somit selbst die Legitimation des Klägers negieren müsste, überhaupt nicht anstrengen, wenn aber ein Dritter die Klage erhebt, liegt wieder der Fall der §§ 63, 64 GbG. vor. Für die wirkliche Ersitzung nach §§ 1467, 1469 bGb. blieben also überhaupt nur die Fälle sub 1 und 3; in allen anderen Fällen, also wenn der Autor berechtigt ist, aber dem Rechtsgeschäfte als solchem ein Mangel anhaftet, könnte von einer ordentlichen Ersitzung, wie sie nach §§ 1467, 1469 zweifellos wäre, keine Rede sein, es müsste also hier die ausserordentliche Ersitzung nach §§ 1468, 1470 platzgreifen. Wenn wir aber den § 1468 betrachten, welcher mit § 1467 die Fälle der Ersitzung des Eigentums an Immobilien erschöpfen will, so muss sich sofort zeigen, dass derselbe offenbar die eben erwähnten Fälle unmittelbar nicht in sich schliesst; er erklärt sich nur dann für anwendbar, wenn überhaupt noch keine öffentlichen Bücher eingeführt sind, oder doch der Ersitzungswerber im Grundbuche[16] bücherlich nicht eingetragen ist: alle Fälle, in denen derselbe bücherlich eingetragen ist, werden offenbar als zunächst unter den § 1467 fallend gedacht. Zieht man hiezu die historische Entstehung des § 1467 bGb. in Betracht, welcher die Wiedergabe der Vorschriften des ersten Satzes § 177 WGGB. II und des zweiten Satzes § 182 cit. ist (Ofner I, S. 284, 286, II S. 264, 265), so dürfte die Behauptung nicht unbegründet sein, dass der § 1467, ungeachtet er von der ordentlichen „Ersitzung“ zu handeln scheint, doch auch Fälle umfasst, in denen für eine solche kein Raum ist, woraus sich dann allerdings a minore ad majus der weitere Schluss ergiebt, dass, wenn sogar die dreijährige Tabularersitzung zulässig ist, dort, wo es an ihren Voraussetzungen fehlt (s. u.), der eingetragene physische Besitzer auch die dreissigjährige gemeine Ersitzung geltend

[16] Pachmann Verjährung § 47 und in Haimerl's Magazin VIII 1853 N. III, S. 52—69 bezieht, von der irrigen Auffassung ausgehend, es gebe ohne Intabulation keinen Besitz, auch den zweiten Vordersatz des § 1468 bGb. nur auf den Fall, dass ein Reale in dem (bestehenden) Grundbuche nicht eingetragen sei. Vgl. gegen Pachmann Unger Sächs. Entwurf S. 111 ff.; Kabelka, Haimerl's Magazin 1854 IX N. XVII. S. 302—315. Die Ersitzung des nichteingetragenen Besitzers gegen den Tabularbesitzer erkennt an OGH. 9. Dec. 1857 G. U. 484, 24. Sept. 1885, Z. 9570, GZ. 1887 Nr. 46 hinsichtlich des Eigentums, und viele E. hinsichtlich Servituten, so aus jüngster Zeit 22. Dec. 1887, Gellers Centralblatt 1888 Nr. 8.



machen kann, da sie ihm ja auch zustände, wenn er nicht eingetragen wäre.

Und in der That, schon ein Blick auf das Rechtsinstitut der Verschweigung und der Bedeutung, welche selbes in den Landtafel- und Grundbuchs-Patenten gewonnen hat, zeigt sofort, dass die §§ 1467, 1469 wohl von der Ersitzung sprechen, jedoch die Verschweigung behandeln, dass wie in so vielen Fällen auch hier ein deutschrechtliches[17] Institut nach der romanistischen Schablone behandelt, in Reih und Glied mit äusserlich ähnlichen Instituten des römischen Rechts gestellt wurde. Es wird sich hiebei nur fragen, welche Bedeutung dieser Einreihung zukommt, inwieweit die Verschweigung trotz des fremden Gewandes ihre Sonderbedeutung beibehalten hat, inwieweit die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Ersitzung auch für sie geltend geworden sind.

Die Verschweigung geht, wie schon erwähnt wurde, zunächst von der Person des wahrhaft Berechtigten aus, der sein Recht durch eine gewisse Zeit nicht ausübt (sich dessen „verschweigt“), was zur Folge hat, dass die thatsächliche Position eines Dritten rechtlich unangreifbar und hiemit selbst zum Rechte wird. Die Ersitzung aber geht von der Position des Nichtberechtigten aus, welcher durch gutgläubige dauernde Ausübung der durch das ihm nicht zustehende Recht geschützten Genussmöglichkeiten das Recht selbst erwirbt und hiemit zugleich das Recht, welches dem Nichtbesitzer zugestanden war, vernichtet. Während bei der Ersitzung gewisse Requisite für den Ersitzenden nötig sind, vor allem die Redlichkeit, weiters Rechtmässigkeit, Echtheit, haben dieselben an sich mit dem Erwerbe zufolge Verschweigung nichts zu thun; derselbe erfolgt aber insbesondere ganz unabhängig von physischem Besitze auf Grund des blossen Eingetragenseins, des Tabularbesitzes.

Die Qualität der „Ersitzung“ nach §§ 1467, 1469 als Verschweigung resultiert nach dem Ausgeführten schon daraus, dass sie auch in Fällen Platz greift, in welchen es an den Voraussetzungen der Ersitzung u. zw. sowohl der ordentlichen (§§ 1461) als der ausserordentlichen (§ 1477) fehlt. Im Cod. Ther. war die Tabularersitzung allerdings ausdrücklich auf den Fall beschränkt gewesen, „wann der Vorfahrer . . . nicht Eigenthümer . . . gewesen“ (II Cap. 9 § V n. 139; vgl. auch II 8 § II n. 31, 32, 34 und II 27 § IV n. 37), allein schon in den folgenden Entwürfen ist diese Beschränkung auf die Fälle wirklicher Ersitzung nicht mehr ausgesprochen; bei der Einreihung der Verschweigung unter das Institut der Ersitzung hatte man somit seinerzeit die Consequenzen aus der Ein-

[17] Auf altböhmisches Recht sucht Randa, NZ. 1881, S. 297 Nr. 1 die Tabularverschweigung des bGb. zurückzuführen. Während im deutsch geschriebenen Eigentum gesagt wird (§ 18 Nr. 113), „eine Berührung oder Beeinflussung des böhm. Landrechtes“ durch die Lübecker und Hamburger Stadtrechte, welche das Institut der Tabularverschweigung kennen, sei „derzeit unerfindlich“, heisst es in der cit. böhm. Monographie über das Eigentum: „Ob am Ende gar die ältesten Rechtsquellen dieser Städte nicht zurückzuführen sind auf Rechtsanschauungen der germanisierten Elbeslaven?“

reihung (vgl. II Cap. 9 § I n. 24, 29 und hiezu Syst. III § 156, S. 139) allerdings mit juristischer Schärfe gezogen, allein sie wurden später, als die Frage der juristischen Construction in den Hintergrund getreten war, fallen gelassen; ganz allgemein heisst es in § 1467: „Von unbeweglichen Sachen ersitzt derjenige, auf dessen Namen sie den öffentlichen Büchern einverleibt sind, also jeder Eingetragene, „das volle Recht gegen allen Widerspruch“.[18]

Uebersah man diese eine Differenz zwischen Ersitzung und Verschweigung, dann bot sich in der That keine ernstliche Schwierigkeit mehr, die Verschweigung an Tabularobjecten, die „Tabularersitzung“ unter die Ersitzung zu subsumieren und die Grundsätze der letzteren auch auf sie anzuwenden; der behördliche Eintragungsact deckt mit trübem Schleier[19] in gleicher Weise die Requisite der Rechtmässigkeit und der Echtheit (vgl. § 431 bGb. Marginalrubrik), die Redlichkeit acceptierte man stillschweigend auch für die Tabularersitzung, bei der sie ja in dem Institute der publica fides, welches das ganze Buchwesen beherrscht, einen vollständig sachgemässen Anknüpfungspunkt fand, und an die Stelle des Erfordernisses des physischen Besitzes trat das Requisit des Eingetragenseins, des Tabularbesitzes. Diese Unterschiebung des Tabularbesitzes für den Sachbesitz, resp. diese Gleichstellung derselben, musste umsoweniger Anstand erregen, als das Wort Besitz sich eben einer mehrfachen Bedeutung, resp. eines mehrfachen Gebrauchs erfreute und in den §§ 321, 322 bGb. selbst die Position des Eingetragenen (der Tabularbesitz) rechtmässiger Besitz, Besitzrecht genannt wird.[20] Es könnte zwar den Anschein haben, als würde aus § 1468 bGb. ein Argument dafür, dass auch zur Tabularersitzung nach § 1467 physischer Besitz erforderlich sei,[21] sich ergeben. Der § 1468 bildet nemlich, wie schon bemerkt, die Ergänzung zum § 1467, gleichsam die andere Hälfte der Eigentumsersitzung an Immobilien; er erklärt sich für die zwei Fälle anwendbar, 1. wenn keine öffentlichen Bücher für ein Reale bestehen, und 2. wenn solche zwar bestehen,

---

[18] Vgl. auch § 177 des II. Th. des WGGB.: „Ueberdies kann Jeder, der sich berechtigt hält, die Giltigkeit einer Einverleibung zu bestreiten, durch drei Jahre ... ihre Auslöschung verlangen“; § 182 ibid: „Sobald die Ursache über das Eigentumsrecht in die ... Bücher eingetragen ist, tritt der neue Eigentümer in den rechtmässigen Besitz: doch kann ihm sein Eigentumsrecht noch innerhalb drei Jahren, aber nicht später, streitig gemacht werden“. Diese ganz allgemein lautenden Bestimmungen des § 177 und § 182 i. f. wurden bei der Beratung vom 13. Juni 1803 (Ofner I 284, 286) in die Lehre von der Ersitzung und Verjährung, resp. zum § 606 Entwurf verwiesen und man erachtete sie bei Beratung des § 606 (Ofner, II 265) als in der beschlossenen Formulierung desselben (vgl. u. S. 479) zum Ausdrucke gebracht.

[19] Vgl. die Entscheidungsgründe des OLG. Prag in G. U. 5460.

[20] So motivieren z. B. auch Winiwarter V § 118, S. 178 und Nippel IX, S. 37 ihre Behauptung, zur Tabularersitzung sei physischer Besitz nicht erforderlich, mit der Berufung auf das durch § 322 bGb. dem Eingetragenen gewährte Besitzrecht.

[21] Vgl. gegen das Erfordernis phys. Besitzes Unger II § 104 N. 109; Stubenrauch II S. 827 Nr. 1; Randa, NZ. 1881, S. 298, aber noch OGH. 2. Nov. 1887, Z. 11823, GZ. 1888 Nr. 2.

aber „die Sache auf den Namen desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübt, nicht eingetragen ist“; man könnte daher vielleicht sagen, die zu § 1468 passende andere Hälfte wäre, wenn Bücher geführt werden und „die Sache auf den Namen desjenigen, der die Besitzrechte darüber ausübt, also des physischen Besitzers, eingetragen ist“. Allein die Hervorhebung der Ausübung der Besitzrechte in § 1467 (vgl. auch § 1470 „Inhaber“) war eben erforderlich, um die Person des Ersitzenden zu bezeichnen, in §§ 1467 und 1469 aber erfolgte diese Bezeichnung durch die Hervorhebung des Eingetragenseins (des Tabularbesitzes) und wir sind daher nicht genötigt, das Erfordernis des physischen Besitzes aus den §§ 1468, 1470 in die §§ 1467, 1469 hineinzutragen. Indem der § 1467 festsetzt: „die Grenzen der Ersitzung werden nach dem Maasse des eingetragenen Besitzes beurtheilt“, spricht er selbst eine Anwendung des Grundsatzes aus, dass es nur auf den Tabularstand und nicht auf den physischen Besitz ankomme. Noch im WGGB. III § 606 hiess es: „Unbewegliche, auf den Namen des Besitzers ... eingetragene Sachen werden binnen 3 Jahren und 6 Wochen ersessen“; wenn man in der Sitzung vom 13. Oct. 1806 die beschlossene, im Wesentlichen schon § 1467 entsprechende Fassung: „derjenige, auf dessen Namen die unbewegliche Sache ... eingetragen ist, ersitzt“ etc. für „bestimmter“ erachtete (Ofner II, S. 265), so kann wohl diese grössere Bestimmtheit nur dann für zutreffend erachtet werden, wenn man annimmt, die Redactoren seien der Ansicht gewesen, dass physischer Besitz nicht erforderlich sei, sondern das blosse bücherliche Eingetragensein genüge.

Ein Argument für die Notwendigkeit physischen Besitzes zur Tabularersitzung könnte aber auch darin erblickt werden, dass andernfalls zwischen der Ersitzung des Tabularbesitzers und der Ersitzung des nicht eingetragenen physischen Besitzers[22] Complicationen entstehen können. Diese Complicationen die zu den absonderlichsten Löschungsversuchen geführt haben,[23] beheben sich aber einfach damit, dass bei Tabularobjecten die Ersitzung des Nichteingetragenen nur einen persönlichen Anspruch wider den Eingetragenen erzeugt,

---

[22] Mit Recht bemerkt Randa, dass auf Seiten desselben zur b. f. als Voraussetzung der Ersitzung nicht etwa der Glaube, Eigentum erworben zu haben, gehört; auch wenn der Ersitzer weiss, sein Recht sei nicht verbüchert und Verbücherung sei erforderlich, ist er doch redlich, wenn er vom Vorhandensein eines materiellen Rechtsgrundes für seinen Erwerb überzeugt ist.

[23] Vgl. z. B. Nippel, IX S. 34, der annimmt, der ausserbücherliche Ersitzer könne seine Ersitzungszeit erst beginnen, wenn der bücherliche Ersitzer dieselbe vollendet hat; die Unredlichkeit des Letzteren würde also die Ersitzung des Ersteren hindern! Die erwähnten Complicationsfälle werden übrigens thatsächlich wohl nur selten eintreten, denn gewöhnlich wird derjenige Tabularbesitzer, welcher durch 3, resp. 30 Jahre hindurch nicht physischer Besitzer geworden ist, auch nicht gutgläubiger Tabularbesitzer sein; praktisch werden wohl nur jene Fälle sein, in denen es sich nicht um einen ganzen Tabularkörper, sondern nur um Theile desselben handelt, und gerade für diesen Fall spricht § 1467 ausdrücklich aus, dass die Grenzen der Ersitzung nur nach dem Maasse des eingetragenen Besitzes beurtheilt werden, es somit nicht auf physischen Besitz ankommt.

während dieser das Recht, resp. die Lastenfreiheit selbst ersitzt; dem Rechte desjenigen, welcher diesen persönlichen Anspruch ersitzt, könnte es nicht einmal schaden, wenn der Eingetragene sofort das Recht, um welches es sich handelt, durch die Eintragung erworben hätte; sein Anspruch richtet sich gegen den Eingetragenen, ganz unabhängig davon, ob dieser nur Tabularbesitzer oder Berechtigter ist; ob, wann und wie dieser das verbücherte Recht erworben hat, ist gleichgiltig, des Nichteingetragenen Schwäche ist auch seine Stärke, gegen die gemeine Ersitzung kann die Tabularersitzung nie einen Schutz gewähren (vgl. auch OGH. 24. Sept. 1885, Z. 9570 GZ. 1886 Nr. 46; anders aber OGH. 4. Aug. 1887, Z. 7924, GZ. 1887 Nr. 49), sie vermag dem Beginn oder der Beendigung derselben nie zu präjudicieren: dem eingetragenen Eigentümer, der nie Besitzer geworden ist, kann der Eigentumsbesitzer, solange er Besitzer ist, auf Grund dreissigjährigen redlichen Besitzes stets das bücherliche Eigentum entziehen, nach zwei Tagen[24] von der Eintragung an gerechnet, geradeso gut wie nach 40 Jahren.

Und so ergiebt sich als Resultat: Die Löschungsklage nach § 62 GbG. gegen denjenigen, welcher unmittelbar durch die Einverleibung, auf deren Löschung geklagt wird, Rechte erworben hat, oder von einer Last befreit wurde, sowie gegen seinen Universalsuccessor unterliegt nur in einem sehr beschränkten Umfange der Klagenverjährung (vgl. o. § 180 II 1 c); sie verjährt nemlich nicht, wenn sie als Ausfluss eines bestehenden bücherlichen Eigentums oder sonstigen bücherlichen Rechts auf Beseitigung einer Supereintragung geht, und sie verjährt nicht, wenn sie der Ausfluss eines

[24] Der § 1500 bGb. steht dem nicht entgegen; er schafft nicht einen Unterbrechungsgrund der Ersitzung des persönlichen Anspruchs auf Eintragung (richtig OGH. 2. Sept. 1863 G. U. 1779, 8. Jän. 1868 G. U. 2962; die E. 10. Dec. 1852, Z. 12786, GZ. 1855 Nr. 142, liess aber die Ersitzung von der Eintragung des Singularsuccessors neu beginnen; ebenso offenbar OGH. 26. Juli 1854, Z. 7019, GZ. 1856 Nr. 28, wozu OGH. 27. März 1856 G. U. 174 zu vergleichen, ferner 26. Mai 1863 G. U. 1725, 19. Nov. 1868 G. U. 3169), er statuiert nur, dass eine bereits vollendete Ersitzung demjenigen gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher (und nicht im Wege der Universalsuccession, vgl. OGH. 16. Aug. 1859 G. U. 843, 2. Sept. 1863 G. U. 1779, 31. Oct. 1867 G. U. 2904) ein Recht erwarb; war die Ersitzung schon vollendet, so stünde er trotz seiner Eintragung ihr machtlos gegenüber; hier greift § 1500 schützend ein; war sie aber noch nicht vollendet, so ist es seine Sache, wenn er ihre Vollendung nicht hinderte: er hätte ihr entgegentreten (OGH. 8. Jän. 1868 G. U. 2962, 18. Oct. 1870 G. U. 3908, 3. Feb. 1871 G. U. 4044, 1. Dec. 1881 G. U. 8573), resp. sich nicht mit der blossen bücherlichen Eintragung begnügen, sondern von seinem Autor auch Uebertragung des physischen Besitzes verlangen, der Ausübung einer Servitut durch einen Dritten entgegentreten, resp. dieselbe verbieten und hiedurch verhindern sollen, dass der Besitzer bei Berechnung der Ersitzungszeit auch auf einen der Eintragung nachfolgenden Zeitraum Bezug nehmen kann. Für die Unterbrechung Nippel IX S. 164, Winiwarter V. S. 274. Die Bestimmung des § 1500 bGb. ist durch §§ 63, 64 GbG. nicht alteriert, resp. dahin beschränkt, dass auch die vollendete Ersitzung wider den eingetragenen Dritten noch innerhalb der daselbst normierten Fristen geltend gemacht werden könne, da der Ersitzer eben noch kein bücherliches Recht hatte, in welchem er hätte verletzt werden können; vgl. auch § 71 GbG.

trotz erfolgter Löschung fortbestehenden dinglichen Rechts ist; sie verjährt nur, insoweit es sich um Geltendmachung eines nur persönlichen Anspruchs auf Verbücherung handelt.[25] oder das bücherlich gelöschte Recht kein an sich der Erlöschung durch Verjährung entzogenes Recht (vgl. Syst. II § 112) war.[26] Aber die Löschungsklage ist jedenfalls dann nicht mehr zulässig, wenn die Bedingungen der Tabularersitzung eingetreten sind. Diese sind: Tabularbesitz, Verlauf von drei Jahren[27] seit dem Datum des Eintragungsanlasses, Redlichkeit des Tabularbesitzers. Die für die ordentliche Ersitzung statuierten Requisite der Rechtmässigkeit und Echtheit sind bei der

[25] Strohal Unverjährbare Klagen, GZ. 1874 Nr. 14, S. 54 vindiciert gerade den Klagen dieser Kategorie die Unverjährbarkeit, wenn sie nur anstreben, den Buchstand mit der „ausserbücherlich bereits eingetretenen Rechtslage in Uebereinstimmung zu bringen“, speciell also der auf Ersitzung gegründeten Klage und der Klage des Käufers, der physischer Besitzer geworden ist. Allein was die Verjährung der auf die Ersitzung gegründeten Klage anbelangt, so handelt es sich nicht um eine Klage, welche sich darauf stützt, dass die Einverleibung des Eingetragenen seinerzeit vitios war, sondern nur um eine Klage, welche zur Geltung bringen will, dass der Fortbestand vitios geworden ist, welche erst mit der Vollendung der Ersitzung actio nata ist, und von deren Verjährung schon darum früher keine Rede sein konnte; unterlässt aber der Ersitzer durch 30 Jahre nach der Ersitzung die Klageanstrengung, so wird ein inzwischen Eingetragener, der von der Ersitzung keine Kenntnis hatte, schon nach § 1500 bGb. die Klage des Ersitzers zurückstossen können; führt der Ersitzer seinen Besitz fort, so kann ebenfalls von einer Verjährung seiner Klage auf Verbücherung keine Rede sein, da er ja nunmehr auch die Ersitzung fortsetzen würde, wenn sie nicht bereits beendet wäre; verliert er ihn aber, so wird allerdings seine Klage auf Geltendmachung des Anspruchs, den er bereits erworben hatte, verjähren können, nur dass diese Verjährung dann nicht zur äusseren Erscheinung kommen wird, wenn der Eingetragene den Besitz erwirbt und von der Vollendung der Ersitzung keine Kenntnis hat, indem dann der Anspruch des ersten Ersitzers schon dadurch untergeht, dass inzwischen der Eingetragene, selbst wenn er nicht eingetragen und nie berechtigt gewesen wäre, das Recht dadurch erlangt hätte, dass er durch 30 Jahre redlicher Besitzer war. Und umgekehrt verjährt zwar die Klage des nicht eingetragenen besitzenden Käufers, desjenigen, welchem ausserbücherlich eine Servitut eingeräumt wurde, in 30 Jahren, aber in denselben 30 Jahren ersitzt er auf Grund seines Besitzes einen vom ursprünglichen Bestande seines persönlichen Anspruchs auf Verbücherung ganz unabhängigen Anspruch auf Verbücherung seines Rechts als eines ersessenen.

[26] Wurde aber ein Pfandrecht gelöscht, so kann nunmehr die Pfandforderung verjähren und hiemit entfällt auch die Klage auf Löschung der Pfandrechtslöschung.

[27] Die Bestimmungen über ausserordentliche Ersitzungszeit (Syst. III § 157, S. 152) haben hier mit Ausnahme der des § 1474 bGb. keine Anwendung, wohl aber die über Hemmung der Ersitzung (S. 158 cit.) und Accession des Besitzes (S. 156 cit.), welch' letztere allerdings nur dann praktisch werden können, wenn der Tabularsuccessor die dreijährige Tabularersitzung vor Ablauf der Fristen der §§ 63, 64 des GbG. beenden kann, somit ein Interesse daran hat, auf die Position seines Autors zurückzugehen (wo der Tabularsuccessor Universalsuccessor seines Autors ist, kann er sich zwar auch auf die §§ 63, 64 GbG. nicht berufen, doch liegt hier nicht Accession des Besitzes vor, sondern Succession in die von seinem Autor etwa begonnene Ersitzung; vgl. o. § 157, S. 157). Dort wo die Tabularersitzung auf eine nach §§ 63, 64 GbG. gegründete Präclusion der Löschungsklage gegründet wird, handelt es sich um eine Präclusivfrist, hinsichtlich welcher daher auch die Vorschriften über Hemmung der Verjährung keine Anwendung finden.

Tabularersitzung nicht in dem strengen Sinne zu verstehen, wie bei der wirklichen Ersitzung, da sie zunächst nur auf den Eintragungsact sich beziehen.[28] Nur dort, wo ein richterlicher Act nicht erfolgt ist, also ohne richterlichen Auftrag (eventuell durch Fälschung des Grundbuchs durch einen Dritten) eine Eintragung erfolgte, wird man von einem Mangel der Echtheit im Sinne der Auffassung des Gesetzgebers sprechen können, nur dort, wo der richterlichen Eintragungsbewilligung gar kein Titel, also gar keine oder eine gefälschte[29] Urkunde, oder eine Urkunde, welche auch nicht die äusseren Conturen eines sich als Titel darstellenden Rechtsgeschäfts enthält, zugrunde liegt, wird man von einem die Tabularersitzung ausschliessenden Fehlen des Titels sprechen können.[30] Der Mangel der Echtheit und Rechtmässigkeit selbst in dem erörterten beschränkteren Sinne wird aber stets nur die dreijährige Tabularersitzung nach §§ 1467, 1469, nicht aber die ausserordentliche dreissigjährige Tabularersitzung (§ 1477 bGb.)[31] oder auf Grund physischen Besitzes die dreissigjährige gemeine Ersitzung nach Analogie der §§ 1468, 1470 bGb. zu hindern vermögen.

[28] So sagte denn auch das Hfd. vom 29. Aug. 1818, (JGS. 1488) ganz allgemein: „Wer die Giltigkeit einer der Landtafel oder dem Grundbuche einverleibten Urkunde bestreiten will, muss binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist, welche von dem Tage der Eintragung in die öffentlichen Bücher an zu rechnen ist, gegen die Theilnehmenden eine ordentliche Klage auf Löschung dieser Urkunde überreichen“. — Jene, welche in der Tabularersitzung nichts erblicken als die Verjährung der Nullitätsklage (vgl. o. § 188 Nr. 46), müssen dann auch dreijährigen Tabularbesitz für genügend erachten und das Erfordernis des Titels ganz negieren (vgl. auch die Motive z. Entwurfe 1858, S. 74, Lekisch, Jurist XI, S. 16). Ueber das Requisit des Titels in §§ 1467, 1469 schweigen vorsichtig Winiwarter, Nippel, während Zeiller IV. S. 213 ausdrücklich „Echtheit und Rechtmässigkeit des Titels“ als Erfordernis der Tabularersitzung hervorhebt, allerdings ohne anzugeben, worin selbe zu finden ist (ebenso Stubenrauch I, S. 551, der aber die Consequenzen aus der strengen Auffassung des Titels zieht, wonach dermalen für Tabularersitzung nach §§ 1467, 1469 überhaupt nur in wenigen Fällen Raum wäre; vgl. auch o. Nr. 15). Aus der älteren Judicatur vgl. über das Erfordernis des Titels OGH. 19. Oct. 1864 G. U. 1995, wo (auf Grund einer gefälschten Urkunde) schon zu Gunsten des ursprünglichen (gutgläubigen) Intabulanten auf Ersitzung erkannt wurde, OGH. 28. Feb. 1851, Z. 81, GZ. 1852 Nr. 126, wo nach drei Jahren auch die wegen unterlassener Darlehenszuzählung angestrengte Löschungsklage für unzulässig erklärt wurde, OGH. 8. April 1856 G. U. 184, wo der Titel zur Tabularersitzung als mit dem Tage der Anbringung der wegen Nichtzuzählung des Darlehens abgewiesenen Klage entfallen bezeichnet wurde. Des Erfordernisses der Redlichkeit zur Tabularersitzung eines Pfandrechts erwähnte OGH. 6. Oct. 1859 G. U. 883.

[29] Vgl. OGH. 28. Aug. 1874 G. U. 5460 (wo aber die Tabularersitzung eines Pfandrechts auf Grund einer gefälschten Bürgschaftserklärung vorwiegend mit Rücksicht auf die accessorische Natur des Pfandrechts verneint wird), 15. Sept. 1876 G. U. 6237. Anders OGH. 15. Feb. 1851, GZ. 1853 Nr. 110, 19. Oct. 1864 G. U. 1995.

[30] Zu weit geht in dieser Richtung die E. des OGH. 1. Feb. 1883 G. U. 9288, indem sie von der unrichtigen Einantwortungsurkunde auf den Inhalt des Testaments zurückgreift, und mit Rücksicht auf die Divergenz, resp. den Inhalt der Einantwortungsurkunde die Rechtmässigkeit des Besitzes bestreitet, doch wurden die erwähnten Umstände allerdings auch als concludent für den Mangel der bona fides angenommen.

[31] Vgl. Krainz, GZ. 1868 Nr. 98, 1869 Nr. 13, 16.

Als ein Ausfluss des Umstandes, dass der Tabularersitzer schon früher den äusseren Schein des Rechts für sich hatte, stellt es sich dar, dass er, dessen ursprüngliche Position nunmehr zufolge der Tabularersitzung unangreifbar wird, schon von seiner ersten Eintragung an und nicht erst vom Tage der vollendeten Tabularersitzung an als wirklich berechtigt anzusehen und zu behandeln ist und daher auch alle von ihm concedierten Supereintragungen unangreifbar werden.

Wurde im Vorstehenden von der Tabularersitzung auf Grund einer constitutiven Eintragung gehandelt, so erübrigt noch, die Anwendung auf exstinctive Eintragungen zu machen. Wird ein bücherliches Recht bücherlich auf einen Anderen übertragen, so entschwindet natürlich die Ersitzungsmöglichkeit für jenen, dessen Recht übertragen und implicite gelöscht wurde; er verliert zwar möglicherweise nicht das Recht, jedenfalls aber den Tabularbesitz. Wird aber ein Belastungsrecht gelöscht, so verliert einerseits der Inhaber der gelöschten Position den Tabularbesitz, anderseits aber wird die Position des Belasteten nunmehr zu einer lastenfreien und derselbe kann, wenn das Belastungsrecht wegen Widerrechtlichkeit der Löschung etwa nicht erloschen ist, nunmehr auf Grund der eingetragenen und nicht angefochtenen Löschung die Lastenfreiheit tabulariter ersitzen.

Schliesslich werden noch einige Bemerkungen hinsichtlich des Pfandrechts erforderlich sein. Durch die Tabularersitzung erwirbt derjenige, für welchen ein Pfandrecht widerrechtlich eingetragen ist, die Hypothek, und da selbe eben ohne Forderung nicht bestehen kann, auch die Pfandforderung, diese aber nur, soweit die Hypothek reicht, d. i. nur als Realschuld, nicht als Personalschuld des Eigentümers; soweit das Pfandrecht am Immobile zur Realisierung führen kann, gilt die Forderung als existent, in anderer Weise als aus dem Reale, dem auf die Hypothek etwa entfallenden Erlöstheile, ist sie überhaupt nicht realisierbar. Umgekehrt kann durch die Löschung des Pfandrechts dieses aufhören, resp. es kann die Pfandfreiheit ersessen werden, allein der Bestand der Forderung wird an sich weder durch die Löschung noch durch die tabulare Ersitzung der Pfandfreiheit alteriert; die Forderung kann jedoch von der Löschung des Pfandrechts an verjähren.[32]

---

[32] A. A. in allen diesen Punkten Krainz, GZ. 1869 Nr. 26, ausgehend von der „Abhängigkeit“ des Pfandrechts von der Forderung (Nr. 14 cit.); allein das Pfandrecht ist wohl von dem Bestand einer Forderung abhängig (darum entsteht, wo Pfandrecht trotz ursprünglichen Mangels der Forderung entstand, mit dem Pfandrecht eine Forderung, soweit das Pfandrecht reicht), aber nicht die Forderung vom Bestand des Pfandrechts. Gegen Krainz vgl. Exner Publ. Pr. S. 126.

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

V.

Gewohnheitsrecht.

A. Gewohnheitsrecht und Uebung. Handels- und Geschäftsgebrauch.

1. Aus dem Entgegenhalte der Art. 1 und 279 Hgb. ist zu entnehmen, dass unter dem im Art. 1 gebrauchten Ausdrucke „Handelsgebrauch" das kaufmännische Gewohnheitsrecht, u. z. als Subsidiarquelle des Handelsrechts zu verstehen ist, während unter den im Art. 279 bezogenen Gewohnheiten und Gebräuchen die sogenannten kaufmännischen Usancen, welche als Interpretationsmittel in Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen im kaufmännischen Verkehr zu dienen haben, zu verstehen sind (18. April 1879, JZ. 20).

2. Bei dem Bestande eines Gesetzes, welches, aus Rücksicht für das öffentliche Interesse selbst, gewisse Anordnungen trifft, hat eine dieser Vorschrift widerstreitende Gewohnheit keinen Anspruch auf Geltung, weil die Aufhebung eines Gesetzes durch die Gewohnheit — die derogierende Kraft der letzteren überhaupt angenommen — durch die stillschweigende Zustimmung der gesetzgebenden Gewalt zur neuentstandenen Gewohnheit und dadurch bedingt ist, dass dieselbe dem allgemeinen Wohl nicht zuwiderläuft (12. Juli 1864/1946).

3. Im Geschäftsverkehre kommen Facturen nur bei Käufen vor und wird unter einer Factura jene Rechnung verstanden, welche der Verkäufer dem Käufer mit der verkauften Waare übersendet und worin er nebst dem Kaufpreise auch alle übrigen Modalitäten bekanntgiebt, unter welchen er das Kaufgeschäft abschliesst; und es ist dann allerdings handelsüblich, dass, wenn der Käufer die Waare übernimmt, ohne gegen die Bestimmungen der Factura Einwendung zu erheben, angenommen wird, dass er sich den diesfälligen Stipulationen unterworfen habe (7. Febr. 1883/9294).

4. Die Gewohnheit, wonach die für das Mahlen zu entrichtenden Gebüren am Orte der Mühle selbst, ohne Rücksicht auf den Wohnort des Schuldners, zu bezahlen sind, ist bei der Ermittlung des Zahlungsorts nicht maassgebend (26. Juni 1860/1154).

5. Ist bei der Aufnahme eines Lehrlings ein schriftlicher Vertrag im Sinne des § 90 der GewO. [kais. Pat. v. 20. Dec. 1859 (RGB. 277)] nicht errichtet, insbesondere über das Lehrgeld, die Bedingungen der Verköstigung, Wohnung und Wäsche ein besonderer Vertrag nicht geschlossen worden, so ist sich diesbezüglich an den Ortsgebrauch zu halten (7. Nov. 1882/9166).

6. Auf den Gebrauch, wonach in der Aussöhnung gegen einander feindselig gesinnter Parteien der Verzicht auf vor derselben gestellte Entschädigungsansprüche liegen soll, ist kein Bedacht zu nehmen (20. Juli 1871/4231).

7. Auf die angebliche Gewohnheit, wonach im Falle der Bestellung eines Leichenbegängnisses durch einen Dritten der Letztere die Kosten selbst tragen soll, ist kein Bedacht zu nehmen (7. Jan. 1867/3650).

8. Der Privatmäkler kann sich auf die im Verkehre der öffentlichen Sensale geltenden Gewohnheiten nicht berufen (27. Febr. 1866/2402).

9. Bei der Auslegung eines Gesetzes oder Vertrags kann der Handelsgebrauch nach Art. 1 Hgb. nicht maassgebend sein: er suppliert nur das Handelsgesetzbuch da, wo dasselbe für einen gegebenen Fall keine Bestimmung enthält (28. Nov. 1878/7778).

10. Die Klage des einen Miteigentümers einer Grundwirtschaft (in Böhmen) gegen den Andern auf Anerkennung seines Antheils an den der Grundwirtschaft nach altem Herkommen zustehenden Nutzungen des Gemeindeguts ist unzulässig, bevor es nicht mit der Gemeinde ausgetragen ist, ob dieses Herkommen unbestritten ist und ob aus demselben den Eigentümern der Grundwirtschaft ein Recht gegen die verpflichtete Gemeinde zustehe (15. März 1876 6061).

11. Die kais. Vdg. v. 29. Jan. 1855 (RGB. 23) schreibt im § 8 den Consulargerichten im osmanischen Reiche bei Entscheidung der ihnen zugewiesenen Rechtsangelegenheiten die österreichischen Gesetze so weit als Richtschnur vor, als nicht ein besonderes anerkanntes Gewohnheitsrecht oder kundgemachte besondere Verordnungen ein anderes festsetzen oder in dem Bezirke des Consulargerichts nicht diejenigen Einrichtungen und thatsächlichen Verhältnisse fehlen, welche die Anwendung des österreichischen Gesetzes voraussetzt; wenn nun die Vdg. v. 31. März 1855 (RGB. 58), welche sich ausdrücklich nur als die Vollzugsvorschrift der obigen kais. Vdg. ankündigt, im § 33, ohne Bezugnahme auf den § 8 der kais. Vdg., die Beobachtung der Normen des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) vorschreibt, so darf daraus nicht gefolgert werden, dass die allgemeinen Grundsätze des § 8 der cit. kais. Vdg. in dem Verfahren ausser Streitsachen keine Anwendung haben, umsoweniger, als die ganz verschiedenen rechtlichen Verhältnisse im Orient den Consulargerichten die strenge Durchführung der Normen über das Verfahren ausser Streitsachen ohne offenbaren pecuniären Nachtheil der Pflegebefohlenen mitunter unmöglich machen (11. März 1873/4899).

12. Obgleich es durch kein Gesetz vorgeschrieben und auch auf keine Weise notwendig oder selbstverständlich ist, das Erkenntnis über die Amortisierung einer alten Satzpost durch ein Edict kundzumachen und dieses den Zeitungsblättern einzuschalten, so kann doch eine solche Kundmachung, sobald sie auf einem bisher an mehreren Orten beobachteten Gerichtsgebrauche beruht, nicht als eine den Richter ersatzpflichtig machende Gesetzwidrigkeit angesehen werden (23. Oct. 1867/2891).

B. Feststellung des Gewohnheitsrechts.

13. Ueber angebliche Handelsgebräuche, welche nicht That-, sondern Rechtsfragen betreffen, kann ein Beweis durch Sachverständige nicht zugelassen werden (27. März 1874, 4. Jan. 1878, A. C. 490. 751).

14. Sachverständige können wohl einen Handelsgebrauch über thatsächliche Vorgänge und Formen, an die das Gesetz gewisse Rechtsfolgen knüpft, keineswegs aber die damit verbundenen Rechtsfolgen selbst feststellen (21. Oct. 1880/8146).

15. Da Handelsgebräuche, aus denen Rechtssätze abgeleitet werden, Thatsachen sind und daher den formellen Grundsätzen über den Beweis einer anderen von einer Partei behaupteten Thatsache unterliegen, so ist der Richter zur Erforschung dieser Gebräuche weder verpflichtet noch berechtigt, sondern hat sich blos auf die Prüfung des von der Partei hierüber gelieferten Beweises zu beschränken, nicht aber nach seinem Ermessen auch selbständig etwa ergänzende Nachforschungen anzustellen. Die Einholung eines Gutachtens bezüglich einer behaupteten Handelsusance aus eigener richterlicher Initiative (nach hierüber abgeführtem Beweise durch Sachverständige) ist daher unstatthaft (13. Mai 1879, JZ. 22).

16. Bei Berücksichtigung einer gewerblichen Usance bei der Auslegung eines Lohnvertrags kann die Notorietät derselben durch Sachverständige erwiesen werden (17. März 1885/10479).

17. Bei Vernehmung von Sachverständigen über eine Geschäftsusance ist die gleichzeitige Anwesenheit beider Sachverständigen und der Parteien entbehrlich (20. Febr. 1879/7345).

Literarische Notizen.[1]

Pandekten von Heinrich Dernburg, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Berlin, I., II. und III. Band. Zweite verbesserte Auflage. Berlin 1888 und 1889. H. W. Müller.

Selten hat ein wissenschaftliches Werk einen solchen Erfolg errungen, wie Dernburg's „Pandekten". Kaum war der III. Band davon vollendet, als die Nachfrage schon eine zweite Auflage nötig machte. Indessen kann dieser Erfolg nicht überraschen. Wie viele und wie vorzügliche Pandektenlehrbücher wir auch besitzen, die eigenartige Lehr- und Darstellungsweise Dernburg's musste seinem Werke bald nicht nur allgemeine Anerkennung unter den Fachgenossen und Meistern, sondern auch eine geradezu begeisterte Aufnahme bei den Jüngern der Wissenschaft wie bei den Praktikern verschaffen. Dernburg versteht es wie vielleicht kaum ein Anderer, durch seine Darstellung sowohl den dialectisch geschulten Verstand wie das lebendige Rechtsgefühl, sowohl den formalistisch denkenden Kopf wie das für die Forderungen des Lebens empfängliche Herz zu befriedigen. Dabei ist die Gedankenarbeit, die er uns bietet, von einer Gediegenheit und Krystallklarkeit, von einer Sauberkeit und Formvollendung, dass sie in demselben Grade unsere Bewunderung erregt, wie sie unser Wissen vermehrt und unseren Gesichtskreis erweitert. Das Werk ist zunächst für Studierende bestimmt, wird indessen mit nicht geringem Nutzen auch in der Praxis benützt, und kann heute in der Bücherei keines gebildeten Juristen fehlen.

System des österr. allgemeinen Privatrechts (Grundriss und Ausführungen) von Dr. Josef Krainz, Professor in Prag. Aus dessen Nachlass herausgegeben und redigiert von Prof. Dr. L. Pfaff. II. Band. Der specielle Theil. Erste Hälfte: Grundriss. Wien 1889. Manz.

Von der vorliegenden Abtheilung des zweiten Bands können wir nur dasjenige wiederholen, was wir in dieser Zeitschrift Band III S. 348 von dem ersten Bande bemerkt haben. Der Grundriss ist sicherlich ein sehr fein ausgedachter und entworfener, aber als solcher für die Praxis von nur geringem Wert. Von den „Ausführungen", deren Erscheinen in Bälde entgegengesehen werden kann, dürfen wir uns schon wie von jenen, welche dem ersten Bande beigegeben waren, mehr eine Bereicherung unseres Wissens versprechen. Wer die solide und gründliche Art von Krainz kennt, darf wohl erwarten, dass ihm hier, wenn auch keine zusammenhängende Darstellung unseres Privatrechts, so doch eine Reihe trefflicher Darstellungen einzelner Partien desselben werde geboten werden.

---

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

247.

Besitzstörung durch den Mitbesitzer.

Vgl. Bd. I Nr. 325.

(E. 29. Jän. 1889, Z. 1034. — GZ. 28.)

Das Fischereirecht in dem mit den Markierungspunkten a, b, c, d bezeichneten Bache x stand der Commende A laut der ihr ertheilten Fischereikarte innerhalb der Punkte b—d, der Gesellschaft B laut ihrer Fischereikarte innerhalb der Punkte a—c zu, so dass die Fischerei innerhalb der Punkte b—c von Beiden beansprucht wurde. P, der Pächter der Commende A, welcher im Jahre 1883, als er noch nicht Pächter war, bei dem Fischen innerhalb der Punkte a—b betreten, über Anlangen der B wegen Besitzstörung verurtheilt worden war — wobei ausgesprochen ward, dass sich die B im ruhigen factischen Besitze des Fischereirechts innerhalb der Punkte a—c befinde — wurde am 7. Juli 1887 von einem Förster der B beim Fischen in der Strecke b—c angehalten und ihm das Fischzeug abgenommen. Die von der A wider die B eingebrachte Besitzstörungsklage, in welcher u. a. das Petit dahin lautete: „die Commende A befinde sich im letzten factischen Besitze des Fischereirechts im Bache x vom Punkte b bis zum Punkte d", wurde vom 1. R. abgewiesen, mit der Begründung, dass die Kl. wohl den Besitz des Fischereirechts an der streitigen Bachstelle nachgewiesen habe, dagegen auch von Seiten der Gekl. der gleiche Nachweis erbracht worden sei. Nur Derjenige begehe aber gemäss § 2 der kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 (RGB. 12) und § 339 bGb. eine Besitzstörung, welcher eigenmächtig einen Eingriff in den ruhigen factischen Besitz eines Anderen macht; die Kl. wäre demnach nur dann zur Besitzstörungsklage berechtigt, wenn sie nachzuweisen imstande wäre, dass sie das Fischereirecht an der streitigen Stelle allein ausgeübt, sich somit im letzten factischen Besitze dieses Fischereirechts befunden habe und dass dieser Zustand von den Gekl. eigenmächtig gestört worden sei. In der Erwägung nun, dass einerseits die Kl. ihren ausschliesslichen letzten factischen Besitz nicht nachgewiesen habe, anderseits aber P im J. 1883 schuldig erkannt wurde, durch das Fischen in der Bachstrecke a—c den ruhigen factischen Besitz des Fischereirechts der Gesellschaft B in dieser Bachstrecke gestört zu haben und sich einer jeden weiteren Besitzstörung bei sonstigem Pönale zu enthalten, ferner die Gekl. gegen P wegen des Fischens am 7. Juli 1887, in welchem sie eine neuerliche Besitzstörung erblicken musste, bereits in Ausführung des Erkenntnisbescheids v. J. 1883 das Executionsgesuch einbrachte, könne in der Wegnahme des Fischzeugs am 7. Juli 1887 nur die factische Ausübung des Fischereirechts seitens der Gekl. und die gemäss § 344 bGb. zulässige Abwehr einer Störung dieses Rechtsbesitzes, keineswegs aber ein eigenmächtiger Eingriff in den behaupteten letzten factischen Besitz der Kl. erblickt werden.

Das OLG. gab der Klage statt. Gründe: Unentscheidend für die Rechtsfragen sind die beiderseitig bezogenen Fischereikarten, sowie die Hinweisung der Gekl. auf das im Jahre 1883 erwirkte E. wider P, weil dieser damals in der Bachstrecke a—b und nicht als Pächter der Kl. fischte, daher das Erkenntnis wider

die damals nicht betheiligte Kl. nicht von Rechtswirkung sein kann. Es ist daher lediglich von Relevanz, ob die Kl. ihren angesprochenen Rechtsbesitz in der Strecke b—c für die letzte Zeit zu erweisen vermochte. Es ist dabei nicht maassgebend, ob die Kl. einen ausschliesslichen Besitz des Fischereirechts in derselben Bachstrecke behaupten kann, oder ob auch die gekl. Gesellschaft denselben Rechtsbesitz in der gleichen Bachstrecke zu erweisen vermag, weil nach § 339 bGb. der Besitzer, es mag sein Besitz von was immer für einer Beschaffenheit sein, den Rechtsschutz zu fordern berechtigt ist. Erweist daher die Kl. überhaupt, dass sie sich in letzterer Zeit vor dem 7. Juli 1887 im Besitze des fraglichen Fischereirechts befunden und dasselbe, wenn auch gleichzeitig mit der Gekl., ausgeübt hat, so war die Gekl. nicht berechtigt, die Kl. eigenmächtig in der Ausübung dieses Rechtsbesitzes zu stören, wogegen es selbstverständlich gemäss § 5 der kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 (RGB. 12) jedem Theile freisteht, einen allfälligen ausschliesslichen Besitz dieses Fischereirechts, sowie jedes stärkere Recht zum Besitze im Processwege geltend zu machen.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. mit Hinweisung auf ihre Begründung und in der Erwägung, dass das Klagebegehren und die E. des OLG. nicht auf den ausschliesslichen Besitz des Fischereirechts im Bache x vom Punkte b bis zum Punkte d lautet, in der Erwägung ferner, dass das Erkenntnis des BG. v. J. 1883 für die vorliegende Streitsache ohne maassgebenden Einfluss ist, weil dasselbe nicht gegen P als Pächter der Kl. ergangen ist und die von P im J. 1883 begangene Besitzstörung sich auf eine Strecke im Bache x bezieht, die von der Kl. nicht in Anspruch genommen wird.

248.

1. Besitzstörung durch die von einem Gemeindevorsteher zum Zwecke der Beschaffung von Trinkwasser für den Pfarrer bewirkte Ableitung einer dem Privatgebrauch dienenden Quelle. — 2. Passivlegitimation des Gemeindevorstehers als einer Privatperson für die Klage wegen dieser Besitzstörung. — 3. Zuständigkeit der Gerichte für diese Besitzstörungsklage.

(E. 3. April 1889, Z. 3785.)

Die Besitzstörungsklage des A wider den Gemeindevorsteher B wegen Ableitung der von Ersterem benützten Quelle wurde von dem 1. R. abgewiesen. Gründe: „Der Gekl. wendet gegen das Klagebegehren ein, dass er die ihm zur Last gelegte Einfangung und Ableitung der Quelle nicht als Privatperson, sondern in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher von N über Auftrag des GemA. und der BezH. veranlasst habe. Der Gekl. hat in der Duplik behauptet und es wurde von dem Kl. nicht widersprochen, dass ihm als Gemeindevorsteher bereits im Frühjahre 1888 von Seite einzelner Mitglieder des GemA. der Auftrag ertheilt wurde, diese Quelle für die Wasserleitung nach N einzufangen, und durch das gemeindeämtliche Protokoll ist constatiert, dass dieser Vorgang des Gekl. von Seite des GemA. genehmigt wurde. Aus dem politischen Verhandlungsacte der BezH. über die Beschaffung geeigneten Trinkwassers für den Pfarrer in N geht hervor, dass infolge mehrerer Beschwerden des Pfarrers von Seite der BezH. der Gemeinde N der Auftrag ertheilt wurde, für den Pfarrer in N brauchbares Trinkwasser zu besorgen, und in einer Zuschrift an die BezH. giebt der Pfarrer von N seiner Befriedigung darüber Ausdruck, dass die Gemeinde N soeben seinem Wunsche durch die Herstellung der von dem Kl. beanständeten Wasserleitung entspreche. Wenn auch nicht widersprochen wurde, dass die Wasserleitung bisher nur von Privaten erhalten wurde, und dass auch der Brunnen des Gekl. aus dieser Leitung Wasser bezieht, so muss doch aus dem ganzen Sachverhalte der Schluss gezogen werden, dass der Gekl. beim Einfangen der Quelle und bei Errichtung des Brunnenkastens als Gemeindevorsteher und nicht als Privatmann gehandelt hat. Ob und inwieweit der Vorgang des Gekl. als Gemeindevorsteher in dieser Angelegenheit correct war, entzieht sich der Beurtheilung der Gerichte. Nachdem bei Besitzstörungen in erster Linie der Wille des Gekl. maassgebend ist, der Gekl. aber nicht als Gemeindevorsteher, sondern als Privatmann belangt

wurde, musste das Klagebegehren wegen Mangels der Passivlegitimation abgewiesen werden. . . ."

Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren, in der Erwägung, dass es sich vorliegend um den Schutz des Besitzes des Rechts zum Wasserbezuge, somit eines Privatrechts handelt, daher nach § 3 des Wasserrechtsges. v. 30. Mai 1869 (RGB. 93) die den Besitz schützenden Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts durch das Wasserrechtsges. nicht berührt werden und daher durch die Bestimmungen der §§ 16 und 69 des steir. Landesges. v. 18. Jän 1872 (LGB. 8) die Competenz der Gerichte zur Entscheidung vorliegenden Streits nicht ausgeschlossen ist; in der Erwägung, dass eine Incompetenz der Gerichte aus dem Grunde, weil es sich angeblich um einen Act öffentlich rechtlicher Natur handle, nicht vorliegt, weil, wenn auch angeblich durch die Abfassung des Wassers in einige Brunnen, insbesondere jenen des Pfarrers und des Schulhauses ein gesundes Trinkwasser eingeleitet wurde, der Act doch nicht als ein Act sanitätspolizeilicher Verfügung angesehen werden kann; in der Erwägung, dass vom Gekl. zugegeben wird, dass wenigstens ein Theil des Wassers aus der von ihm abgefangenen und in die Brunnenleitung geführten Quelle vor der Errichtung dieser Anlage in den Bach x und zu dem Mühlwerke des Kl. abfloss; in der Erwägung, dass aus dem Localaugenscheine und dem Gutachten der Sachverständigen hervorgeht, dass durch das Abfangen der Quelle und Errichtung des Brunnenkastens dem Kl. Wasser entzogen wurde; und dass das Entziehen von Wasser vom Mühlbetriebe des Kl. für denselben schon derzeit von Bedeutung ist, weil das Quellwasser infolge seiner höheren Temperatur die Vereisung des Bachs und die Vereisung der kl. Wasserwerke verringert; in der Erwägung, dass daher dem Kl. ein privatrechtlicher Nachtheil zugefügt wurde: in der Erwägung, dass der Gekl. das Einfangen der Quelle in den Brunnenkasten und die Ableitung in die Wasserleitung ausdrücklich zugesteht; in der Erwägung, dass hiedurch sowohl der frühere Besitz des Wasserbezugsrechts als auch die Störung dieses Besitzes erwiesen ist; in der Erwägung, dass die Einwendung des Gekl., er habe nicht als Privatmann, sondern nur in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher gehandelt, nicht geeignet ist, die Abweisung des Klagebegehrens zu begründen, weil weder aus dem Acte der BezH., in welchem lediglich vorkommt, dass die Gemeinde beauftragt wurde, dem Pfarrer ein gutes Trinkwasser zu verschaffen, zu entnehmen ist, dass der Gemeinde aufgetragen wurde, dieses Trinkwasser auf die Art beizuschaffen, wie es vom Gekl. ausgeführt wurde, noch ein vorgängiger Beschluss des GemA. behauptet wird, sondern Gekl. sich lediglich auf Aufforderung einzelner Gemeindeausschüsse und auf die nachträgliche Genehmigung seines Vorgehens beruft, Kl. aber aus seinem Vorgehen umsoweniger schliessen konnte, dass er als Gemeindevorsteher handle, da zugegebenermaassen aus der Wasserleitung bisher nur Privatbrunnen, darunter jener des Gekl., gespeist wurden und dieselben auch nicht von der Gemeinde, sondern von den Brunnenbesitzern erhalten wurde, und Gekl. auch nicht behauptet, dem Kl. früher einen Gemeindebeschluss oder seine beabsichtigte gemeindeämtliche Verfügung bekannt gegeben zu haben; in der Erwägung, dass übrigens, selbst wenn die Einfangung der Quelle und Entziehung des Wassers von der Gemeinde erfolgt wäre, dieser Vorgang noch immer als Besitzstörung angesehen werden müsste, weil es sich nicht um Ausübung der sanitätspolizeilichen Thätigkeit der Gemeinde handeln kann, und weil, wenn die Gemeinde ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Enteignung von Gewässern vorgeht und hiedurch Privatrechte verletzt wurden, auch die Gemeinde wegen Besitzstörung belangt werden kann; in Erwägung, dass übrigens jeder, welcher durch seine Handlung einen anderen im Besitze einer Sache oder eines Rechts beeinträchtigt, wegen der Besitzstörung belangt werden kann, ohne Rücksicht darauf, ob er dieselbe im eigenen Namen oder Namen eines anderen ausgeführt hat.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus deren Gründen.

249.

1. Wirksamkeit der vom Veräusserer dem Erwerber überbundenen, jenem durch den Hypothekar auferlegten Theilungsbeschränkung hinsichtlich des Hypothekarguts. — 2. Zulässigkeit der Präjudicialklage hinsichtlich dieser Theilungsbeschränkung. — 3. Legitimation des Veräusserers für dieselbe. — 4. Unzulässigkeit einer Executionsandrohung für den Fall der Verletzung der durch vertragsmässige Sanction nicht geschützten Theilungsbeschränkung.

(E. 8. Jän. 1889, Z. 14857. — GZ. 28.)

B verpflichtete sich, die ihm von den Eheleuten A im Tauschwege überlassenen, zu dem Postanwesen in x gehörigen Realitäten, auf welchen unter persönlicher Haftung der Eheleute A eine Hypothek für die N lastete, wie bisher für den Betrieb des Gastgewerbes zu erhalten und niemals eine Zerstückelung derselben vorzunehmen. Als B das Zerstückelungsgesuch bezüglich dieser Realitäten eingebracht und dem C den Betrieb des Gastgewerbes übertragen hatte, brachten die Eheleute A eine Klage gegen B mit dem Begehren ein: B habe kein Recht, die durch Tauschvertrag erworbenen Realitäten ihrem bisherigen Zwecke zum Betriebe des Gastgewerbes zu entziehen und eine Zerstückelung derselben vorzunehmen; er sei schuldig, sich jeder derartigen Handlung bei Vermeidung einer richterlich zu bestimmenden angemessenen Geldstrafe zu enthalten.

Das erstr. abweisende U. wurde vom OLG. bestätigt. Gründe: Die Einwendung des Gekl., dass die Frage verfrüht sei, ist nicht begründet. Das Recht zur Klageerhebung wird durch keine gesetzliche Vorschrift an das Vorhandensein einer bereits thatsächlich gewordenen Rechtsverletzung geknüpft. Soferne der Kl. nun überhaupt ein rechtliches Interesse daran hat, dass ein concretes, möglichem Streite ausgesetztes Rechtsverhältnis urtheilsmässig constatiert werde, kann er die Entscheidung herbeiführen. Das rechtliche Interesse der Kl. steht aber im vorliegenden Falle ausser Zweifel, weil auf den von ihnen an den Gekl. vertauschten Realitäten eine Hypothek von 16.200 fl. für die N lastet, sie als Personalschuldner dafür haften und besorgen, dass deren Sicherheit durch die geplante Zerstückelung der Pfandrealitäten verlieren werde. Der Gekl. hat durch die Erwirkung der Zerstückelungsbewilligung unverkennbar die Absicht manifestiert, sich seinerseits an die Vertragsbestimmung nicht halten zu wollen, seine diesfällige Verpflichtung nicht anzuerkennen. Da aber zur Zeit der Klageanbringung eine thatsächliche Zerstückelung und eine Verletzung der diesfälligen Vertragspunkte noch nicht stattgefunden hatte, so dürfte die Klage nur eine Präjudicialklage sein, dahingehend, dass der Gekl. anzuerkennen habe, dass die in Rede stehenden Verpflichtungen für ihn den Kl. gegenüber zu Recht bestehen. Die vorliegende Klage ist aber nicht auf Anerkennung, bez. Feststellung dieses zwischen den Contrahenten vereinbarten Obligationsverhältnisses gerichtet, sondern verlangt den Ausspruch, dass der Gekl. kein Recht habe, die Realitäten ihrem bisherigen Zwecke zum Betriebe des Gastgewerbes zu entziehen und eine Zerstückelung derselben vorzunehmen und er sei bei Geldstrafe schuldig, sich jeder derartigen Handlung zu enthalten. Die Kl. begnügen sich somit nicht mit einem Erkenntnisse, welches ihnen im Falle der Nichtzuhaltung des Obligationsverhältnisses von Seite des Gekl. zur Grundlage einer allfälligen Entschädigungsklage dienen könnte, sondern sie wollen dem gekl. Eigentümer das Recht der Dispositionsfähigkeit über die von ihnen umgetauschten Realitäten überhaupt, also auch dritten Personen gegenüber abgesprochen wissen, womit implicite auch der nach der Ueberreichung der Klage vom Gekl. mit C abgeschlossene Kauf für ungiltig erklärt würde, was offenbar unzulässig erscheint.

Der OGH. erkannte, dass B kein Recht habe, die durch Tauschvertrag erworbenen Realitäten ihrem bisherigen Zwecke zum Betriebe des Gastgewerbes zu entziehen und eine Zerstückelung derselben vorzunehmen; dass aber das Begehren, den Gekl. schuldig zu erkennen, sich jeder der in diesem Ausspruche erwähnten Handlungen bei Vermeidung einer vom Gerichte zu bestimmenden Geldstrafe zu enthalten, abgewiesen bleibe. Gründe: Nach dem Inhalte der Einrede

ist es als zugestanden zu bezeichnen, dass der Gekl. sich den Kl. gegenüber verpflichtet hat, die den Gegenstand des Streits bildende Theilungsbeschränkung zu beobachten, welcher sich die Kl. gegenüber der N unterworfen hatten. Unbestritten ist es auch, dass der Gekl. schon vor dem Anbringen der vorliegenden Klage vorbereitende Schritte unternommen hat, um eine Grundzerstückelung vorzunehmen, zu deren Unterlassung er sich vertragsmässig verpflichtet hatte. Hierin lag aber für die Kl., falls sie es als in ihrem Interesse gelegen erachteten, ein Präjudicialerkenntnis über den Bestand der in Rede stehenden Verpflichtung des Gekl. zu erwirken, um diesen vielleicht von der beabsichtigten Vertragsverletzung abzuhalten, ein vollkommen ausreichender Grund, einen richterlichen Ausspruch über den Bestand des Rechtsverhältnisses hervorzurufen. Denn nach bereits erfolgter Vertragsverletzung hätte es an einem Anlasse zum Hervorrufen eines Präjudicialerkenntnisses jedenfalls gänzlich gefehlt; denn dann wäre es augenscheinlich Sache der Kl. gewesen, ihr durch die vertragswidrige Handlung des Gekl. verletztes Recht zur Geltung zu bringen. Die 1. Instanz war daher nicht im Rechte, als sie die vorliegende Klage, die schon darum als eine Präjudicialklage gewürdigt werden muss, weil sie die als Consequenz der Vertragswidrigkeit des Gekl. anzusehende Rechtsverletzung nicht erkennen lässt, als verfrüht behandelt hat. Von einer irrigen Anschauung war aber auch die 2. Instanz geleitet, welche zwar, den Fehler der 1. Instanz erkennend, aussprach, dass es sich hier um ein Präjudicialerkenntnis handle, sich jedoch durch die unzutreffende Verbindung des Begehrens um einen Präjudicialausspruch, der keineswegs in die Form einer Verpflichtung zu einer Anerkennung gekleidet werden muss, mit einem Executionsbegehren abhalten liess, in eine meritorische Würdigung des ersteren Begehrens, welches augenscheinlich die Hauptsache bildet, einzugehen. Die diesem Theile des Begehrens entgegengesetzte Bekämpfung des Gekl. kann als berechtigt nicht bezeichnet werden. Zunächst ist hervorzuheben, dass es an allen Voraussetzungen fehlt, um die verbindliche Kraft der vertragsmässigen Theilungsbeschränkung im vorliegenden Falle als mit den grundsätzlichen gesetzlichen Bestimmungen über das Eigentumsrecht in Widerspruch stehend anzweifeln zu können. Ebensowenig lässt sich die Legitimation der Kl. zur vorliegenden Klage bestreiten. Wenn auch dem Personalschuldner in Beziehung auf die Theilung einer Hypothek nicht solche Befugnisse zugeschrieben werden können, welche nach dem Gesetze nicht einmal dem Hypothekargläubiger zustehen, so genügt doch das Verhältnis der Kl. zu der N in Beziehung auf die hier in Frage stehende vertragsmässige Zusage vollkommen, um die Kl. als zu dem gestellten Begehren legitimiert erscheinen zu lassen. Der Gekl. hat eben zur Begründung seiner Annahme, dass die Kl. aus dem Verpflichtungsverhältnisse gegenüber der N ausgetreten seien, nichts vorgebracht, woraus das Erlöschen des obligatorischen Anspruchs der N gegenüber den Kl. zu folgern wäre. Es wurde von Seiten des Gekl. nicht einmal behauptet, dass der zwischen beiden Streittheilen geschlossene Vertrag mit Zustimmung oder auch nur mit Wissen der N zustande gekommen sei. Eine Darlegung des Gegenstands und Umfangs der Ansprüche, welche von der N infolge der Verletzung der vertragsmässigen Theilungsbeschränkung gegen die Kl. erhoben werden könnten, ist in diesem Processe allerdings nicht geliefert worden; allein das Processmateriale reicht aber augenscheinlich nicht aus, um mit Sicherheit die Möglichkeit solcher Ansprüche als ausgeschlossen erklären zu können. Diese Möglichkeit reicht aber hin, um die Kl. zu berechtigen, sich durch die Erwirkung eines Präjudicialerkenntnisses eine Grundlage für die Geltendmachung eines eventuellen Regressanspruchs gegen den Gekl. zu sichern. Es bedarf daher hier auch keiner Erörterung darüber, ob ausserdem Vermögensrechte der Kl. durch die in Frage stehende Ueberschreitung der vertragsmässigen Theilungsbeschränkung gefährdet oder verletzt werden könnten. Die in den beiden unteren Instanzen erfolgte Abweisung des in der Klage gestellten Begehrens, soweit dieses auf die Erwirkung eines Präjudicialerkenntnisses abzielt, berechtigt daher die Kl., die Anwendung des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) für sich in Anspruch zu nehmen. Diesem Begehren musste daher stattgegeben werden. Das Gleiche gilt jedoch nicht von dem Executionsbegehren, das an sich mit dem Begehren um Fällung eines Präjudicialerkenntnisses unvereinbar und hier auf eine missverständliche Auffassung des Streitgegenstands zurückzuführen ist. Diese missver-

ständliche Auffassung würde nicht haben Raum gewinnen können, wenn der Verabredung der Theilungsbeschränkung eine vertragsmässige Sanction wäre beigefügt worden. In diesem Falle hätte es gewiss nicht bezweifelt werden können, dass die Verletzung der vertragsmässigen Verpflichtung die Berechtigung zur Geltendmachung der vertragsmässigen Sanction nach sich ziehe. Da es aber an einer vertragsmässigen Sanction fehlt, so kann nur die allgemeine gesetzliche Sanction in Frage kommen und daher nur dasjenige begehrt werden, was nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen infolge der Verletzung einer vertragsmässigen Verpflichtung angesprochen werden kann. Es müsste daher die Geltendmachung eines aus der Vertragsverletzung abgeleiteten Anspruchs vorhergehen, ehe von einer Executionsführung die Rede sein könnte. Aus der Würdigung der Sachlage erhellt überdies, dass hier ein Fall, in welchem ein Rechtszustand durch Androhung oder Verhängung von Strafen aufrecht erhalten werden könnte, überhaupt nicht vorliegt und dass die begehrte Executionsmaassregel eigentlich als Präventivmaassregel intentioniert war, durch welche einer besorgten Vertragsverletzung vorgebeugt werden sollte. Diese Vertragsverletzung ist übrigens, wie sich aus der Schlussrede ergiebt, während des Processes bereits eingetreten und könnte sonach nicht mehr hintangehalten werden. Dem Executionsbegehren kann demnach nicht stattgegeben werden.

250.

Rechtliche Natur des Mitbenützungsrechts der Angehörigen einer Familie an dem Gute einer Nachbargemeinde. Erwerbung dieses Rechts durch Ersitzung.

(E. 11. April 1889, Z. 2647. — IV. Sen. — Beil. z. JMVdgsbl. 455.)

Mit Klage v. 2. Mai 1882, Z. 2812, stellten die Kl., Angehörige der Gemeinde A, gegen die Gemeinde B folgendes Begehren: „Es stehe den Kl. das Recht des Mitbesitzes und Mitgenusses an den Gemeindegütern von B, d. i. an Wäldern, Wiesen, Weiden, Alpen und Bergen in gleichem Maasse, wie den Gemeindeangehörigen von B zu; die gekl. Gemeinde sei schuldig, den Kl. das Recht des Besitzes und Genusses an diesen Gemeindegütern zu gestatten und sei daher nicht berechtigt, die Kl. von diesem Besitz- und Genussrechte auszuschliessen.“ In der Klage wird gesagt: Zufolge Notariatsacts v. 25. Sept. 1602 (Beilage A) war zwischen der gekl. Gemeinde B und dem Nachbar derselben Anton A ein Streit entstanden, weil die Gemeinde erklärte, dass, da A persönlich in B nicht wohne, er die Rechte der Nachbarschaft (vicinato) nicht geniessen könne, während A behauptete, das es ihm gestattet sei, wo immer zu wohnen, und dass ihm das Recht zustehe, die Vortheile der Nachbarschaft ebenso zu geniessen, wie er zu den Lasten beitrug. Aus dieser Urkunde geht hervor, dass A und dessen Erben, wo immer sie wohnen, alle Vortheile wie die alten Nachbarn geniessen und ebenso die Lasten tragen müssen, während A sich diesfalls verflichtete, als Entgelt (pretio inter eos convento) 1500 Lire von Meran (librarum 1500 denariorum Meranensium) zu bezahlen. Mit Rücksicht auf diesen zweiseitig verbindlichen Vertrag, mit Rücksicht darauf, dass die Erben und Abkömmlinge des A seit längster Zeit dieses Recht ununterbrochen ausgeübt, daher dasselbe auch durch Ersitzung erworben haben, in Erwägung, dass diese Erben von den Kl. vorgestellt werden, und dass dieses Recht immerfort von der Gekl., als auch von den Behörden anerkannt wurde; in Erwägung, dass die Gemeinde von einigen Familien dieses Recht förmlich durch Zahlung von Geld abgelöst hat, dass ferner die Gekl. mit Decret v. 10. Febr. 1882, Z. 70 (Beilage F), dem unter den Kl. erstgenannten bedeutete, dass sie dieses Nachbarrecht nicht mehr anerkenne, und das der Landesausschuss über die Beschwerde desselben mit Decret v. 30. März 1882 (Beilage G) sich in dieser Angelegenheit als incompetent erklärte, da es sich hier um ein auf einen Privatrechtstitel gegründetes Recht des Mitbesitzes und Mitgenusses von Realitäten handelt, sei nur der Richter, und zwar, weil es sich um ein dingliches Recht handelt, nur das Realgericht competent und erscheint das Begehren gerechtfertigt. Die gekl. Gemeinde erhob zunächst, ohne die meritorische Frage zu berühren, die exceptio fori ratione materiae et personae, welche jedoch in beiden

Instanzen zurückgewiesen wurde. Die im wesentlichen übereinstimmenden Gründe der ersten und zweiten Instanz sind folgende: In der Erwägung, dass nach den Ausführungen der Kl. es sich in dem vorliegenden Falle um den Mitbesitz und Mitgenuss eines Vermögens handelt, welches nicht als Gemeindevermögen im Sinne des § 288 bGb., sondern als Eigentum gewisser Classen der Gemeindeangehörigen oder einzelner Berechtigten betrachtet werden könnte; in der Erwägung, dass die Klage sich auf den Vertrag (Beilage A) und auf die Ersitzung, daher auf Titel des Privatrechts stützt und sich somit die erhobene Einwendung der Incompetenz ratione materiae als unbegründet darstellt; in der Erwägung, dass hinsichtlich der Einwendung der Incompetenz ratione personae (§ 14 lit. b JN.) der von der Gekl. hervorgehobene Umstand, dass mit der Klage das Recht des Mitbesitzes und Mitgenusses der der Gemeinde B gehörigen Realitäten, ohne Rücksicht auf deren Lage verlangt wird, die Beschaffenheit der Klage nicht zu ändern vermag; in der Erwägung übrigens, dass es nicht streitig ist, dass sämmtliche Realitäten der Gemeinde B im Gerichtssprengel des angerufenen BezG. liegen; und dass nach § 52 JN. Klagen, welche ein dingliches Recht auf ein unbewegliches Gut zum Gegenstande haben, ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers nur bei der Realinstanz angebracht werden können, musste die in dieser Richtung erhobene Einwendung als unbegründet zurückgewiesen werden. Der OGH. hat den Revisionsrecurs als verspätet zurückgewiesen. Hierauf hat der 1. R. in der Hauptsache nach durchgeführtem Beweise dem Klagebegehren ganz stattgegeben. Gründe: Mit der Notariatsurkunde v. 25. Sept. 1602 (Beilagen A und H) wurde zwischen der gekl. Gemeinde und dem Anton A für sich und seine Erben vertragsmässig festgesetzt, dass er wo immer wohnen könne und immer und so lange die Welt bestehen wird, alle jene Wohlthaten, Bequemlichkeiten und Vortheile der genannten Gemeinde, wie die alten Nachbarn haben, verlangen und benützen soll, sowie dass er auch alle Lasten zu tragen, die Vorschriften und Verordnungen der Gemeinde zu beobachten habe, dieses alles gegen das Entgelt von 1500 Lire von Meran, welche innerhalb drei Jahren zu bezahlen sein werden. Auf Grund dieser Urkunde und der Behauptung, dass die Familien, welche von Anton A abstammen, kraft der Ersitzung die in A und H bezeichneten Rechte erworben haben, und dass diese Abkömmlinge eben die Kl. sind, verlangen letztere die Anerkennung des Rechts des Mitbesitzes und Mitgenusses an den Gemeindegütern von B, d. i. an Wäldern, Weiden, Wiesen, Alpen und Bergen in gleichem Maasse, wie die Gemeindeangehörigen (Communisten) von B. Kl. waren nicht imstande, das Original der Beilage A zu producieren und die Beweise durch Zeugen, welche jenes Original gesehen haben sollen, blieben ohne Resultat. Obschon der Sachbefund bestätigt hat, dass die Abschriften A und H der Form entsprechen, mit welcher derlei Urkunden im Jahre 1602 ausgefertigt zu werden pflegten, so ist dadurch die Existenz des Originals nicht bewiesen; dieser Act kann daher als bestehend nicht angesehen werden. Auch der weitere Urkundenbeweis der Kl. lieferte nur ein mangelhaftes Resultat. Dagegen haben die übrigen Beweise der Kl. folgendes ergeben: *a*) Durch die Aussagen vieler, darunter auch unbedenklicher Zeugen wurde bestätigt, dass die gekl. Gemeinde seit mehr als 40 Jahren bis zum Jahre 1882 den von Anton A abstammenden Familien gleiche Rechte, wie in der Beilage A stets und ohne Unterbrechung anerkannt hat, und zwar den Genuss der Gemeindegüter, insbesondere der Alpen, Weiden und des Brennholzes in gleichem Maasse, wie den übrigen Gemeindegliedern und dass dafür jene Familien der Reihe nach ihre Arbeiten, wie die anderen Gemeindeglieder von B leisten mussten und geleistet haben. *b*) Sechs unbedenkliche und noch andere Zeugen haben bestätigt, dass die Kl. von der Gemeinde B bis zum Jahre 1882 stets als zu den erwähnten Nachbarfamilien gehörig und im Besitze obiger Rechte anerkannt wurden; und weitere vier Zeugen haben bestätigt, dass die in A wohnenden Familien, welche die Gemeinde B seit 40 Jahren als Nachbarn berechtigt anerkannte, jene in Beilage M verzeichneten 19 Familien sind. *c*) Dieselben Zeugen haben bestätigt, dass die Kl. und ihre Vormänner seit mehr als 40 Jahren und bis zum Jahre 1882 ohne Unterbrechung und Widerspruch die Gemeindealpen von B, gleichwie die Gemeindeglieder, sowie auch die Weiden und die Waldungen benützten, dieses alles mit voller Zustimmung und Anerkennung von Seite der Gemeinde B. *d*) Aus den Aussagen dreier unbedenklicher Zeugen ist dargethan,

dass die Gekl. mit mehreren Individuen, darunter auch solchen, welche, als von dem Anton A abstammend, zu den fraglichen Familien gehörig und zur Ausübung obiger Rechte berechtigt angesehen wurden, einen Vertrag abschloss, demzufolge sie gegen ein bestimmtes von der Gemeinde B bezahltes Entgelt auf ihre erwähnten Rechte verzichteten. Der von der Gemeinde B geführte Gegenbeweis blieb resultatlos; dagegen hat dieselbe in ihren Decreten, in denen sie die darin Genannten jedes Rechts der Nachbarschaft für fernerhin verlustig erklärte, implicite anerkannt, dass sie bis zu diesem Zeitpunkte die fraglichen Rechte ausübten. Die Kl. sind daher im Besitze der fraglichen Rechte, dieser Besitz ist rechtmässig, redlich und echt, durch die ganze vom Gesetze vorgeschriebene Zeit fortgesetzt, daher ist das Recht nach den §§ 1460, 1461, 1463, 1465, 1472 und 1493 bGb. durch Ersitzung erworben. Die Zeugen haben die Realitäten bezeichnet, auf welche die Kl. und ihre Vorfahren diese Rechte ausgeübt haben und gesagt, dass sie, wie die Communisten von B behandelt wurden; es ist vollkommen ausgeschlossen, dass diese Ausübung eine blos willkürliche und geduldete war; die Rechte selbst konnten durch Ersitzung erworben werden (§§ 1455, 1456, 1457, 1458 und 1459 bGb.). Nachdem die Gekl. anerkannt hat, dass die Kl. und ihre Vormänner von obigen Familien abstammen und zu denselben gehören, ist es nicht notwendig, dass die Kl. noch beweisen, die Erben des Anton A zu sein, indem es zur Ersitzung genügt, dass die Kl. und ihre Vormänner die oberwähnten Handlungen durch die im Gesetze bestimmte Zeit ausgeübt haben. Es ist überflüssig, nachzuforschen, ob die Berechtigung der Kl. als ein Nachbarschaftsrecht (un diritto di vicinato) anzusehen sei. Das Recht der Kl. ist identisch mit dem Rechte jedes einzelnen Communisten; allein nachdem die Kl. keine Angehörigen der gekl. Gemeinde sind, ist es ein dingliches Privatrecht. Der Min.-E. v. 19. Oct. 1849, der § 26 des Gemeindeges. v. 17. März 1849 und das Gemeindeges. v. 9. Jän. 1866 schliessen nicht aus, dass derlei Rechte bestehen können.

Ueber die Appellation der gekl. Gemeinde hat das OLG. in theilweiser Abänderung und theilweiser Bestätigung des angef. U. den Kl. nicht das Recht des Mitbesitzes, sondern nur das Recht des Mitgenusses der Gemeindegüter von B zuerkannt. Gründe: Bezüglich der Competenz wird sich auf die erstr. Gründe berufen und bemerkt, dass es sich weder um eine Dienstbarkeit im Sinne des kais. Pat. v. 5. Juli 1853 (RGB. 130), noch um eine Dienstbarkeit überhaupt handelt, weil die Kl. die angef. Rechte nicht zum Vortheile ihrer Grundstücke ansprechen. Nachdem die Kl. erklärt haben, dass sie kein sogenanntes Vicinatsrecht geltend machen, so ist jede diesfällige weitere Erörterung überflüssig. Da das Original der Beilagen A und H nicht produciert wurde, muss von dieser Urkunde ganz abgesehen werden. Die Kl. sind daher auch nicht schuldig, alle Folgen der Beilage A gelten zu lassen; sie haben auch nicht nachzuweisen, Abkömmlinge und Erben des Anton A zu sein. Die Kl. haben Originalurkunden gelegt, welche als öffentliche Urkunden vollen Beweis machen. Laut B entstand ein Streit wegen der Nachtwächterdienste; in diesem Streite wurde die Urkunde v. 25. Sept. 1602 produciert, was nur von Seite der Gemeinde geschehen konnte, weil sie ein Recht hieraus geltend machte. Es ist daher bewiesen, das im J. 1836 eine Urkunde v. 25. Sept. 1602 existierte, welche die Verhältnisse zwischen der Gemeinde B und den Consorten A regelte. Das Eigentum der Gemeinde B erscheint nicht bestritten; die Kl. sprechen das Recht des Mitbesitzes und Mitgenusses an. Was den angesprochenen Mitbesitz anbelangt, wird bemerkt, dass der Besitz kein Recht, sondern nur ein Zustand ist, mit welchem Rechte verbunden werden. Ein Besitz, welcher zu keinem Rechte führt, sondern immer Besitz bleiben soll, existiert nicht. Auch kann das fremde Eigentum durch Besitz oder Mitbesitz nicht eingeschränkt werden. Es war daher das Begehren hinsichtlich des Mitbesitzes abzuweisen. Was das Recht des Mitgenusses anbelangt, hat schon der 1. R. die Ergebnisse des Zeugenbeweises gehörig gewürdigt. . . . Den Kl. ist der Ersitzungsbeweis gelungen und auch hinsichtlich der Ausdehnung des Rechts ist durch Zeugen bewiesen, dass die Gemeinde B den Familien A dieselben Rechte und Vortheile, wie den eigenen Communisten gestattete. Die Ausübung des Rechts war ruhig; da dasselbe von einem nicht zur Gemeinde Gehörigen ausgeübt wird, so ist es das im § 313 bGb. vorgesehene Privatrecht und kann als solches auch ersessen werden.

Dem dawider überreichten a. o. Revisionsbegehren der Gekl. fand der OGH. keine Folge zu geben. Eine offenbare Ungerechtigkeit ist mit Rücksicht auf das Resultat der durchgeführten Beweise ausgeschlossen; denn diese sind in jeder Hinsicht zu Gunsten der Kl. und zu Ungunsten der gekl. Gemeinde ausgefallen, welche, nachdem sie durch mehr als ein halbes Jahrhundert die fraglichen Mitgenussrechte als giltig und bestehend anerkannt und nachdem sie die Kl. und ihre Vormänner wiederholt zur Leistung der mit den erwähnten Rechten verbundenen Pflichten aufgefordert hatte, durch das Leugnen des Vorhandenseins jener Urkunden, auf welche sie sich früher selbst stützte, und durch ihre willkürlichen und ungerechten Verbote, somit sie die erwähnten Rechte der Kl. für verfallen erklärte, den gegenwärtigen Streit verursacht hat.

251.

Anfechtung der von dem Schuldner zur Herbeiführung eines Ausgleichs mit seinen Gläubigern gemachten Honorarzusicherungen.

(E. 12. Febr. 1889, Z. 692.)

Ueber die Anfechtungsklage des Masseverwalters im A'schen Concurse, mit welcher derselbe von B die Rückerstattung des ihm von A für die Vermittlung eines Ausgleichs mit seinen Gläubigern gezahlten Betrags von 300 fl. auf Grund der §§ 2, 3 und 5 AnfG. begehrte, erkannte der 1. R.: I. Die von dem Cridatar A an den Gekl. B geleistete Zahlung eines Betrags von 300 fl. sei mit dem Theilbetrage von 100 fl. rechtsunwirksam, und der Gekl. sei schuldig, diesen Theilbetrag per 100 fl. an die Concursmasse des A unbedingt zu bezahlen. II. Ein weiterer Theilbetrag von 50 fl. sei nur dann rechtsunwirksam und der Gekl. sei nur dann schuldig, diesen Theilbetrag von 50 fl. an die Concursmasse des A zu bezahlen, wenn der Gekl. den in der Replik ihm aufgetragenen und von ihm angenommenen Hauptеid, dass es s. W. u. E. nicht wahr sei, dass er mit dem Anerbieten des A, dass ihm von dem Ausgleichshonorar 150 fl. sofort und die weiteren 150 fl. nach gänzlicher Durchführung des Ausgleichs zu bezahlen seien, sich einverstanden erklärte, nicht abzulegen vermöchte. III. Das Klagebegehren in Ansehung der restlichen 150 fl. habe nicht statt. Gründe: In Betreff des Theilbetrags von 150 fl., welche dem Gekl. bei Beginn der Vermittlungsaction von A bezahlt wurden, wird die Rechtsunwirksamkeit dieser Zahlung aus den Bestimmungen des § 2 AnfG. abgeleitet. Diese Gesetzesbestimmung hat aber die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, und die Kenntnis dieser Absicht bei dem Dritten zur Voraussetzung. Diese fraudulose Absicht des A ist nicht nachgewiesen, denn dieser hat mit dem Gekl. einen Vertrag zur Vermittlung eines Ausgleichs zwischen ihm und seinen Gläubigern errichtet und ihm für diese Vermittlung ein Honorar von 300 fl. versprochen und auch gegeben. Es wurde also ein Lohnvertrag errichtet. Der Gekl. hat sich um die Erlangung dieses Geschäfts nicht herangedrängt, sondern einer der Gläubiger des Cridatars hat den ersten Anstoss gegeben, dass der Gekl., welcher Agent ist, diesen Vertrag abgeschlossen hat die Gläubiger des insolvent gewordenen A hatten Kenntnis, dass der Gekl. den Ausgleich zu bewerkstelligen übernommen hat und haben mit ihm wegen dieses Ausgleichs unterhandelt. Es kann auch nicht behauptet werden, dass der von dem Gekl. angestrebte Ausgleich unter allen Umständen undurchführbar gewesen ist, da der Ausgleich mit der Firma S nur wegen der von A verweigerten Zahlung von Kosten sich zerschlug und das Concurseröffnungsgesuch nur deshalb am 11. Oct. 1886 überreicht wurde, weil die Executionsvornahme seitens der genannten Firma sofort gewärtigt werden musste. Auch die eventuelle Beitragsleistung eines Baarbetrags von 1800 fl., um den Ausgleich zustande zu bringen, seitens der K kann nicht als unwahrscheinlich bezeichnet werden, da sich dieselbe in Gegenwart des A und des Gekl. hiezu bereit erklärte, und dieselbe als Zeugin vernommen bestätigte, dass sie nach der Eröffnung des Concurses dem A den Betrag von 1400 fl. zum Ankaufe eines Gemischtwaarengeschäfts übergeben hat, und dass A die Leitung des Geschäfts übernommen hat. Der Gekl. konnte das Vorgehen des A nicht als fraudulos erkennen, weil zur Bewirkung des Ausgleichs mit den Gläubigern des Letzteren das Waarenlager, welches

O um 3987 fl. 63 kr. ablöste, und die von K in Aussicht gestellten 1800 fl. vorhanden, rücksichtlich zu erhoffen waren. Das Begehren auf Rückerstattung von 150 fl., welche selbst nach Angabe des Kl. bei Beginn der Ausgleichsaction von A zu bezahlen waren, war somit abzuweisen. Der Zuspruch von weiteren 50 fl. war von dem Ergebnisse des zugelassenen und von dem Gekl. zur Ablegung angenommenen, im Urtheile formulierten Haupteides abhängig zu machen, weil nur im Falle des Gelingens dieses Beweises sich ergiebt, dass diese Zahlung eine unentgeltliche Verfügung des A war, und weil, wenn dieselbe in dem letzten Jahre vor der Concurseröffnung erfolgte, die Vorschrift des § 3 AnfG. Anwendung findet. Dasselbe wäre auch rücksichtlich der restlichen 100 fl. der Fall; da aber diese Zahlung innerhalb 2 Wochen vor dem Begehren um Concurseröffnung erfolgte, war die Zahlung des restlichen Betrags von 100 fl. nach § 5 AnfG. unbedingt zuzuerkennen, weil nach den Angaben des Gekl. die Zahlung dieses Betrags während dieses Zeitraums vor Anbringung des Begehrens um Concurseröffnung erfolgte. zu welcher Zeit der Gekl., selbst in dem Falle, als der zwischen ihm und A bezüglich der Bewerkstelligung des Ausgleichs errichtete Vertrag so, wie der Gekl. es behauptet, lautete, nemlich dass die 300 fl. je nach dem Fortgange der Ausgleichsverhandlungen in Raten von 50 fl. zu bezahlen waren, die restlichen 100 fl. nicht zu beanspruchen hatte, da die Ausgleichsaction noch weit vom Ziele war und auch gescheitert ist. Die Vorschrift des Schlussatzes des § 1434 bGB., worauf sich der Gekl. beruft, setzt eine richtige und unbedingte Schuld voraus, daher derselbe im vorliegenden Falle keine Anwendung findet.

Das OLG. änderte das erstr. U., unter Aufrechterhaltung des Punktes III, in den Punkten I und II dahin ab: Die von A an den Gekl. geleistete Zahlung des weiteren Theilbetrags per 150 fl. ist nur dann rechtsunwirksam, und der Gekl. nur dann schuldig, diesen Theilbetrag von 150 fl. der Concursmasse des A zu bezahlen, wenn der Gekl. den ihm replicando aufgetragenen und von ihm angenommenen Haupteid, dahin, dass es s. W. u. E. nicht wahr sei, dass er sich mit dem Anerbieten des A, dass ihm, dem Gekl., von dem vereinbarten Ausgleichshonorar per 300 fl. die letzten 150 fl. nach gänzlicher Durchführung des Ausgleichs zu bezahlen seien, einverstanden erklärte, nicht ablegt. Gründe: Nach der zwischen A und dem Gekl. getroffenen Vereinbarung übernahm der Gekl. die Vermittlung eines Ausgleichs mit den Gläubigern des damals bereits im Zustande der Passivität befindlichen A gegen Zusicherung eines Honorars von 300 fl. Diese Vereinbarung gehört nicht zu jenen Rechtshandlungen, welche nach Maassgabe der Bestimmungen des AnfG. angefochten werden können, und es sind die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht darauf anwendbar, da die Absicht der Contrahenten bei der obigen Vereinbarung dahin ging, eben einen Ausgleich mit den Gläubigern des bereits überschuldeten A zustande zu bringen, die Bewirkung und Durchführung eines solchen Ausgleichs der Zweck der obigen Vereinbarung war, und der Gekl. bezüglich des ihm von A für die Vermittlung dieses Ausgleichs zugesagten Honorars von 300 fl. nicht als Gläubiger des A im Sinne des obigen Gesetzes anzusehen ist. Es ist daher das Klagebegehren bezüglich desjenigen Theilbetrags per 150 fl. des zwischen A und dem Gekl. vereinbarten Ausgleichshonorars per 300 fl., welcher nach Behauptung des Kl. nach der getroffenen Vereinbarung von A sofort zu bezahlen war und dem Gekl. bezahlt wurde, unbegründet, da die obige Vereinbarung rechtsgiltig ist und der obige Theilbetrag von 150 fl. in Gemässheit derselben bezahlt wurde. Es ist demnach die im Punkte III des erstr. U. erfolgte unbedingte Abweisung des Klagebegehrens in Ansehung des obigen Honorartheilbetrags von 150 fl. gerechtfertigt und musste daher das erstr. U. in diesem Punkte über Appellation des Kl. bestätigt werden. Bezüglich des weiteren Theilbetrags per 50 fl., dessen Zahlung nach Angabe des Gekl. am 23. Sept. 1886 erfolgte, und bezüglich des weiteren Theilbetrags per 100 fl., dessen Zahlung nach Angabe des Gekl. am 27. oder 28. Sept. 1886 erfolgte, demnach bezüglich des weiteren Theilbetrags zusammen per 150 fl., kommt es darauf an, ob, wie der Kl. behauptet, der Gekl. sich mit dem Anerbieten des A, dass ihm, dem Gekl., von dem vereinbarten Ausgleichshonorar per 300 fl. die letzten 150 fl. nach gänzlicher Durchführung des Ausgleichs zu bezahlen seien, einverstanden erklärt hat; denn, wenn dies der Fall war, dann war nach der zwischen A und dem Gekl. getroffenen Vereinbarung die

Auszahlung der letzten 150 fl. als Ausgleichshonorar an die Bedingung geknüpft, dass der Ausgleich mit den Gläubigern des A gänzlich durchgeführt werde, und hatte der Gekl. vor der gänzlichen Durchführung des Ausgleichs keinen Anspruch auf Zahlung der obigen 150 fl. Wenn also der obige Umstand nachgewiesen wird, dann war, da der Ausgleich nicht durchgeführt wurde, der Gekl. nicht berechtigt, die Zahlung der letzten 150 fl. zu verlangen, A war nicht schuldig, dieselben dem Gekl. zu zahlen. Die Zahlung ist von A ohne rechtlichen Grund geleistet worden und der Gekl. hat keinen Grund, diese 150 fl. zu behalten, und es ist die Concursmasse des A berechtigt, die Zurückerstattung dieser 150 fl. von dem Gekl. zu verlangen und der Gekl. hat sie der Concursmasse des A zurückzuerstatten. Es ist daher die Appellation des Gekl. gegen den Punkt I des erstr. U., in welchem unbedingt die Zahlung des Theilbetrags per 100 fl. als rechtsunwirksam erklärt und der Gekl. unbedingt schuldig erkannt wurde, diesen Theilbetrag von 100 fl. der Concursmasse des A zu bezahlen, gegründet und es ist auch die Appellation des Gekl. gegen den Punkt II des erstr. U., in welchem die Entscheidung bezüglich des Theilbetrags von 50 fl. von dem dort sententionierten Haupteide abhängig gemacht wurde, insoferne begründet, als die Beschwerde des Gekl. dagegen gerichtet ist, dass in die Eidesformel die Worte: „dass ihm von dem Ausgleichshonorar 150 fl. sofort zu bezahlen seien", aufgenommen wurden, weil bei der Frage der Zuerkennung sowohl des im Punkte II des erstr. U. bezeichneten Theilbetrags per 50 fl., als auch des im Punkte I bezeichneten Theilbetrags per 100 fl. der Umstand, ob nach der getroffenen Vereinbarung von dem Ausgleichshonorare per 300 fl. 150 fl. sofort zu bezahlen waren, nicht entscheidend ist, da die Punkte I und II des erstr. U. nicht die ersten 150 fl. des Ausgleichshonorars betrafen, sondern es sich dabei darum handelt, ob nach der Vereinbarung die letzten 150 fl. erst nach gänzlicher Durchführung des Ausgleichs zu bezahlen gewesen wären. Es musste daher über Appellation des Gekl. das erstr. U. in den Punkten I und II dahin abgeändert werden, dass die Entscheidung bezüglich des weiteren Theilbetrags von 150 fl. von dem dem Gekl. replicando aufgetragenen und von ihm angenommenen Haupteide dahin, das es s. W. u. E. nicht wahr sei, dass er sich mit dem Anerbieten des A, dass ihm, dem Gekl., von dem vereinbarten Ausgleichshonorare per 300 fl. die letzten 150 fl. nach gänzlicher Durchführung des Ausgleichs zu bezahlen seien, einverstanden erklärte, abhängig gemacht wurde. Dagegen konnte der Appellation des Kl. gegen Punkt II des erstr. U. nicht stattgegeben werden.

Der OGH. stellte den Punkt I des erstr. U. wieder her: Gründe: Da beide Instanzen den Revisionswerber mit dem Theilbetrage von 150 fl. unbedingt abgewiesen haben und auch der bedingte Zuspruch des weiteren Theilbetrags per 50 fl. in Betracht dessen, dass die o. g. bestimmte Eidesformel dem Wesen nach mit jener des Erstrichters übereinstimmt, als ein gleichförmiger zu betrachten ist, nach § 47 des AnfG. bei Durchführung dieser Rechtssache die Bestimmungen des summarischen Verfahrens volle Anwendung finden, so musste die Revisionsbeschwerde in diesen Richtungen nach § 51 SummPat. als unzulässig zurückgewiesen werden. Gegründet ist aber selbe, insoweit als der obere Richter in Abänderung des erstr. U. den Theilbetrag per 100 fl. lediglich dann zuerkannt hat, wenn der zugelassene Beweis durch den Haupteid darüber, dass Gekl. sich mit dem Anerbieten des A, dass ihm von dem vereinbarten Ausgleichshonorar per 300 fl. die letzten 150 fl. nach gänzlicher Durchführung des Ausgleichs zu bezahlen seien, zu seinen, rücksichtlich der Klageseite Gunsten ausfallen wird. Allerdings kann diese Thatsache nicht für irrelevant angesehen werden; allein es erscheint überflüssig, auf den Beweis darüber abzugehen; denn dass der von dem Concursanten mit dem Gekl. abgeschlossene Vertrag, wonach dem Gekl. für das Zustandekommen eines aussergerichtlichen Ausgleichs ein Honorar zugesichert ward, ein solcher ist, auf welchen an und für sich die Anwendung des AnfG. geradezu ausgeschlossen ist, lässt sich mit Rücksicht auf den Wortlaut und den Zweck des Gesetzes nicht behaupten. Unwidersprochen nun fand die Concurseröffnung wider A am 11. Oct. 1886, die Zahlung des auf das bedungene Honorar per 300 fl. noch fehlenden Restbetrags per 100 fl., welcher eben in Frage steht, fand am 27. und 28. Sept. 1886 seitens des A an den Gekl. statt. Werden nun auch die mit jenen der Klagsseite nicht übereinstimmenden Angaben des Gekl.

berücksichtigt, wonach das Honorar per 300 fl. in Raten zu 50 fl. je nach dem Fortschreiten seiner Bemühungen an ihn zu entrichten war, so ergiebt sich. dass Gekl. auf diese Zahlung zu dieser Zeit noch keinen Anspruch hatte, da damals gegründete Aussicht, dass der Ausgleich zustande kommen wird, nicht vorhanden war, und die bis dahin ihm geleisteten Zahlungen für seine Bemühungen als ganz entsprechend anzusehen sind, so dass diese Leistung nach § 3, Z. 1, des obigen Gesetzes als eine solche, zu welchem dem Gekl. vertragsmässig kein Recht zustand, somit als eine unentgeltliche zu betrachten ist. Bei dieser Annahme spricht übrigens auch der § 5 des nemlichen Gesetzes für das Recht der Klagsseite, diesen Betrag zurückzufordern.

252.

Collision zwischen der Cession und der zwangsweisen Einantwortung einer Forderung: Entbehrlichkeit der Verständigung des Cessus für den Uebergang der Forderung auf den Cessionar.

Vgl. Bd. I Nr. 226.

(E. 11. Dec. 1888, Z. 13561.)

Am 29. Febr. 1888 traten G und J die ihnen wider R zustehende Forderung dem Vereine B ab, von welcher Cession R am 7. März 1888 gerichtlich verständigt wurde. Mittlerweile hatte A am 2. März 1888 wider G die exec. Einantwortung des ihm gegen R zustehenden Forderungsantheils erwirkt, wovon R am 5. März 1888 gerichtlich verständigt wurde. R legte den ihm früher zugestellten Bescheid über die exec. Einanwortung mit der Motivierung zurück, dass die eingeantwortete Forderung bereits vorher an den Verein B cediert worden sei. Nun erhob A Klage wider den Verein B mit dem Begehren, der Verein sei schuldig anzuerkennen, dass die dem Kl. am 2. März 1888 bewilligte exec. Einantwortung des dem G von der gegen R aushaftenden Forderung zustehenden Theilbetrags rechtsgiltig und wirksam, dagegen die am 29. Febr. 1888 erfolgte Cession dieses Theilbetrags seitens des G an den Verein B ungiltig und unwirksam sei. Der 1. R. wies die Klage ab, mit der Begründung: Sämmtliche in der Klage angeführten Thatsachen werden vom Gekl. zugestanden und sind daher für wahr zu halten. Nachdem die exec. Einantwortung nichts anderes ist als eine zwangsweise Cession des Forderungsantheils des G an den Exequenten A, so liegt hier der Fall vor, dass eine und dieselbe Forderung zweimal, und zwar je an verschiedene Rechtssubjecte abgetreten wurde und hängt die Entscheidung dieses Rechtsstritts lediglich von der Beantwortung der Frage ab, welche der beiden Abtretungen als rechtswirksam betrachtet werden muss, weil beide Abtretungen einander gegenseitig vollständig ausschliessen. Nach § 1392 bGb. entsteht die Umänderung eines Rechts, eine sogenannte Abtretung oder Cession, wenn eine Forderung von einer Person (Gläubiger) an eine andere (Cessionar) übertragen wird. Diese Bestimmung, auf den vorliegenden Fall angewendet, ergibt, dass am 29. Febr. 1888 zwischen J und G einerseits als forderungsberechtigten Personen bezüglich der denselben gegen R zustehenden Forderung und dem Vertreter des gekl. Vereins anderseits eine Abtretung stattgefunden hat. Damit ist mit jenem Momente nach § 1393 bGb. die erwähnte Forderung, ein veräusserliches Recht, aus dem Eigentum des J und G in das Eigentum des gekl. Vereins übergegangen, und sind nach § 1394 bGb. nunmehr alle Rechte der Cedenten bezüglich dieser Forderung auch Rechte des Cessionars, des gekl. Vereins, geworden; derselbe war von diesem Tage, vom 29. Febr. 1888 an ein uneingeschränkter Eigentümer dieser Forderung und wäre als solcher auch berechtigt gewesen, sich derselben wieder zu entäussern. Anderseits aber waren von diesem Tage an J und G nicht mehr berechtigt über diese, ihnen nicht mehr zustehende Forderung irgendwie zu disponieren, und konnte auch eine solche Disposition betreffs des Antheils des einen oder des anderen der früheren Forderungstheilhaber, ob dieselbe nun von ihnen persönlich und freiwillig ausging oder, wie hier, zwangsweise durch eine exec. Einantwortung, nicht mehr rechtsgiltig sein, überhaupt gar nicht rechtsgiltig gesetzt werden, weil die exec. Einantwortung nur unter der Voraussetzung bewilligt wurde und bewilligt werden konnte, dass G noch Theilhaber dieser zwangsweise cedierten

Forderung war, als die exec. Einantwortung bewilligt wurde. was aber hier thatsächlich am 2. März 1888 nicht mehr der Fall war. Daraus, dass der debitor cessus von der späteren exec. Einantwortung früher verständigt wurde, als von der früher erfolgten Abtretung, lässt sich für den Kl. ein Recht auf den abgetretenen Betrag nicht ableiten, weil die Verständigung des abgetretenen Schuldners von der Abtretung kein wesentliches, die Giltigkeit der Abtretung bedingendes Moment ist, weil nur zwischen dem Ueberträger und dem Uebernehmer der Forderung nach § 1395 bGb., nicht aber zwischen dem Cessus und dem Cessionar eine neue Verbindlichkeit entstanden ist, und weil anderseits die weiteren Bestimmungen des § 1395 und 1396 bGb. im vorliegenden Falle ganz ausser Betracht bleiben können, da der Schuldner R mittlerweile von beiden Abtretungen verständigt worden ist. den ersten Gläubiger. wenn schon der Kl. als solcher betrachtet werden wollte, nicht nur nicht bezahlt und die ihm zugekommene exec. Einantwortungsverordnung vielmehr unter Hinweis auf die Abtretung vom 29. Febr. 1888 zurückgelegt und schliesslich auch die ganze abgetretene Forderung bisher überhaupt nicht bezahlt hat.

Das OLG. bestätigte den erstr. U. Gründe: Nach § 1392 bGb. entsteht eine Cession, wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen und von dieser angenommen wird. Es ist hienach zum Zustandekommen einer Cession nicht erforderlich, dass auch der Schuldner von der Uebertragung bereits verständigt sei, vielmehr genügt die Willenseinigung zwischen dem früheren und dem neuen Forderungsberechtigten. Hiefür spricht auch der Wortlaut des § 1395 bGb., nach welchem zwischen dem Uebernehmer der Forderung und dem Schuldner eine neue Verbindlichkeit überhaupt nicht entsteht. Wird die Verständigung des Schuldners gefordert, so geschieht dies nicht zum Zwecke der Perfection der Cession, sondern dieselbe bezweckt lediglich die Verständigung des Schuldners, an wen er zu zahlen habe, und es enthält § 1395 bGb. lediglich eine Vorsorge dafür, wenn eine solche Verständigung des Schuldners nicht erfolgt und er noch an seinen früheren Gläubiger die Zahlung leistet. Es wurde deshalb das Klagebegehren, welches von dem entgegengesetzten Standpunkte ausgeht, dass zur Perfection der Cession auch die Verständigung des Schuldners unbedingt gehöre, und dass bei einer zwangsweisen und einer freiwilligen Cession diejenige giltig sei, von welcher der Schuldner früher verständigt wurde, mit Recht abgewiesen.

Der OGH. bestätigte die unterger. EE., denn eine Nichtigkeit wird nicht geltend gemacht; eine solche, die von Amtswegen zu beachten wäre, ist nicht wahrnehmbar; aber auch eine offenbare Ungerechtigkeit lässt sich in den unterger. U. nicht erkennen; selbe erscheinen vielmehr nach Inhalt der denselben beigefügten gesetzmässigen Begründung gesetzlich gerechtfertigt; es konnte daher bei dem Abgange der Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) mit der Aufhebung oder Abänderung derselben nicht vorgegangen werden.

253 u. 254.

Voraussetzung und Art der Sicherstellung des Erbengläubigers nach § 822 bGb.

Vgl. oben Nr. 217.

I.

(E. 3. Oct. 1888, Z. 10743 — GH. S. 63.)

Auf Grundlage einer wechselrechtlichen Zahlungsauflage bat der Wechselgläubiger A um Bewilligung der Einverleibung oder Vormerkung des exec. Pfandrechts mit dem Vorbehalte des § 822 bGb. ob dem seinem Schuldner B nach seiner verstorbenen Mutter M erblich angefallenen vierten Theil der Realität X, unter Vorlage des Geburtsscheines des B und des Todesscheines seiner Mutter M. Alle drei Instanzen wiesen das Gesuch ab, der OGH. in der Erwägung, dass nach § 822 bGb. in Verbindung mit der A. h. Entschl. v. 9. Mai 1846 der Gläubiger des Erben nur das diesem letzteren angefallene Erbgut, daher nur einzelne Erbschaftssachen nicht aber das Erbrecht im ganzen mit Verbot, Pfändung oder Vormerkung belegen kann, A aber einen urkundlichen Nachweis darüber, dass seinem Schuldner nach seiner verstorbenen Mutter M der vierte Theil der Realität X, welchen er eben mit Vormerkung belegen will, erblich angefallen ist, nicht bei-

gebracht hat, welcher Nachweis aber umso notwendiger war, als durch das Verwandtschaftsverhältnis in dem vorliegenden Falle lediglich nur die Eigenschaft seines Schuldners als gesetzlichen Intestaterben im allgemeinen dargethan erscheint, hierin aber der Erbanfall bezüglich des erwähnten Realitätsantheils noch keineswegs mitinbegriffen ist, zumal ein Nachweis darüber, dass die erwähnte Realität oder ein Theil derselben bücherliches Eigentum der Erblasserin gewesen, nicht beigebracht worden ist.

II.

(E. 9 Oct. 1888, Z. 9458 GH. S. 63)

Für einen anderen Gläubiger wurde gegen denselben Schuldner unter den gleichen Umständen, nachdem der 1. R. das Gesuch abgewiesen hatte, vom OLG. die Vormerkung, vom OGH. die Einverleibung des exec. Pfandrechts mit der Clausel des § 822 bGb. anstandslos bewilligt, weil die rechtskräftige Zahlungsauflage executionsfähig ist, der § 822 bGb. die Wirksamkeit der Execution blos bis zur Rechtskraft der Einantwortung hemmt und sonach kein gesetzlicher Grund vorliegt, die Execution unter dieser Beschränkung zu verweigern.

B. Handels- und Wechselrecht.

255.

Solidarverpflichtung der eine Waare in ihrem Handelsgeschäfte bestellenden Eheleute zur Zahlung des Kaufpreises.

(E. 19. März 1889, Z. 2883. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 450.)

Kl. A verlangt von den Eheleuten B auf Grund des von ihnen unterschriebenen Bestellschreibens (Beilage a) die Zahlung von 97 fl. 10 kr. als Preis der bestellten, gelieferten und bezogenen Waare, ohne jedoch die Zahlung ausdrücklich zur ungetheilten Hand zu begehren. Erstgekl. giebt zu, dass er selbst den Bestellschein sowohl mit seinem, als auch mit dem Namen seiner Gattin unterschrieben habe, behauptet aber, dass bei der Ausstellung dieses Scheins mündliche, mit dem Inhalte desselben nicht vollkommen übereinstimmende Verabredungen stattgefunden haben. Die Zweitgekl. widerspricht, dass der Bestellschein von ihr selbst oder mit ihrer Zustimmung von einem Dritten unterschrieben worden sei, dass sie die Waare bestellt und bezogen habe. Mit Bezugnahme auf diese letztere Einwendung stellt nun Kl. in der Replik das eventuelle Begehren, dass, falls der Erstgekl. als der alleinige Besteller der Waare anzusehen wäre, er allein zur Bezahlung des ganzen eingeklagten Betrags zu verurtheilen sei. — Der 1. R. verurtheilte den Erstgekl. unbedingt zur Zahlung des ganzen eingeklagten Betrags und erkannte rücksichtlich der Zweitgekl., dass sie diesen Betrag zu ungetheilter Hand mit dem Erstgekl. nur dann zu bezahlen schuldig sei, wenn sie den Diffessionseid hinsichtlich des Bestellscheins nicht ablegt. Das OLG. verhielt den Erstgekl. nur zur Zahlung der Hälfte des eingeklagten Betrags. Gründe: Wenn auch nach Art. 280 Hgb. zwei oder mehrere Personen, welche einem anderen gegenüber in einem Handelsgeschäfte eine gemeinschaftliche Verpflichtung eingiengen, als Solidarschuldner zu betrachten sind, so kann der Richter in dem Urtheile nicht von amtswegen zwei Geklagte zur ungetheilten Hand zur Zahlung verhalten, wenn der Kläger die Zahlung zur ungetheilten Hand nicht verlangte. Dies ist vorliegend der Fall, wo die Eheleute B auf Zahlung des Betrags von 97 fl. 10 kr. geklagt wurden, ohne dass die Zahlung zur ungetheilten Hand verlangt worden wäre, daher der Erstgekl. nur zur unbedingten Zahlung der Hälfte des eingeklagten Betrags zu verurtheilen war, und ist die Ergänzung des Begehrens in der Replik dahin, dass eventuell B schuldig sei, den ganzen eingeklagten Betrag von 97 fl. 10 kr. zu zahlen, nicht zulässig.

Der OGH. stellte das erstr. U. aus folgenden Gründen wieder her: Der Bestellschein a, auf dessen Grundlage die Lieferung der Waare seitens der kl.

Firma an die Gekl. erfolgte, erscheint mit den Namen der beiden Gekl. unterschrieben und es entspricht daher nur dem Inhalte dieses Bestellscheins, wenn Kl. die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises gegen beide Gekl. als gemeinschaftliche Besteller der Waare gerichtet hat. Da es sich hier um ein Geschäft handelt, welches auf Seite der Gekl. ein Handelsgeschäft ist, so wären hienach auf Grund des Art. 280 Hgb. schon kraft des Gesetzes beide Belangte als Solidarschuldner zu betrachten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Kl. das Gegentheil ergiebt. Letzteres ist hier nicht der Fall. Der Erstbel. B hat zugestanden, dass er selbst den Bestellschein a sowohl mit seinem, als auch mit dem Namen seiner Gattin, d. i. der Zweitbel., unterschrieben habe, und die Letztere hat widersprochen, dass dieser Bestellschein von ihr selbst oder mit ihrer Zustimmung von einem Dritten unterschrieben worden sei. Es kann sich daher hier einzig und allein darum handeln, ob der Erstbel. als der alleinige Besteller und Käufer der Waare allein, oder ob auch die Zweitbel. als Mitbestellerin und Mitkäuferin der Waare gemeinschaftlich mit ihm zur ungetheilten Hand für die Zahlung des eingeklagten Kaufschillings zu haften hat. Wenn nun Kl. mit Bedachtnahme auf obige Einwendungen der Mitgekl. für den Fall, als der Erstbel. als der alleinige Besteller anzusehen wäre, in der Replik eventuell das Begehren gestellt hat, dass in solchem Falle der Erstbel. allein zur Zahlung des ganzen eingekl. Betrags zu verurtheilen sei, so entspricht dies ebenso wie das in diesem Sinne geschöpfte U. des 1. R. der Sachlage und dem Gesetze und es kann hierin eine unzulässige Erweiterung des ursprünglichen Klagebegehrens oder eine gesetzwidrige Ueberschreitung desselben nicht erblickt werden. Es war daher das erstr. U. in seinem den Erstbel. betreffenden Ausspruche sub 1 wieder herzustellen, wodurch zugleich der durch das o. g. U. geschaffene Widerspruch, der darin gelegen ist, dass nach demselben der Erstbel. blos zur Zahlung des halben Betrags von 48 fl. 55 krh dagegen nach dem unberührt gelassenen Ausspruche des 1. R. bezüglich der Zweitbel. diese eventuell zur Bezahlung des ganzen Betrags von 97 fl. 10 kr., „zur ungetheilten Hand mit dem Erstbel.“ verpflichtet wäre, beseitigt wird.

256.

Verkauf einer innerhalb einer gewissen Frist einzubringenden Waare in genere; Wirkung der Anbietung einer innerhalb der Frist eingelangten Waare: Abgehen des Verkäufers vom Vertrage durch Verweigerung der Uebergabe der angebotenen Waare trotz der späteren Anbietung einer anderen.

(E. 22. Nov. 1888, Z. 13568. — GH. 1889 7.)

A führte in seiner gegen die Firma B gerichteten Klage auf Zahlung des Kaufpreises aus, er habe der gekl. Firma ca. 6000 Kilo Cochin-Ingwer zum Einheitspreise von 49 Mk. für 50 Kilo verkauft; die Waare sollte in der Zeit vom Anfang Dec. 1886 bis Ende Jän. 1887 ab Vorder-Indien verschifft und sofort nach Ankunft in Triest übernommen werden; am 28. Feb. 1887 habe er die gekl. Firma verständigt, dass die verkaufte Waare in der zweiten Hälfte Jän. per Steamer „Chanda“ ab Calicut abgeladen worden sei; von dem Einlangen der Waare in Triest sei die gekl. Firma mit Schreiben vom 26. März 1887 verständigt worden, zugleich habe er eine Frist zur Abnahme bis incl. 9. April 1887 festgestellt und eventuell den öffentlichen Verkauf der Waare und Einklagung der Preisdifferenz angedroht; die Waare sei börsenmässig verkauft worden und betrage die Preisdifferenz den eingekl. Betrag. Die Gekl. wendeten ein: Schon unterm 10. Feb. 1887 wurden die Gekl. von P, Spediteur des Kl. in Triest, avisiert, dass reisende 100 Sack Cochin-Ingwer zu ihrer Disposition stehen; dieses Aviso wurde von ihnen zustimmend beantwortet, nemlich angenommen, aber darauf vom Gegner widerrufen; sie bestanden auf der Uebergabe der avisierten Waare laut Protests vom 26. Feb. 1887 und erklärten darauf das Geschäft für annulliert, wozu sie wegen des eingetretenen Verzugs berechtigt waren; aus diesem Grunde kümmere sie der Verkauf der später eingelangten Partie ganz und gar nichts und sie seien nicht schuldig, die Differenz zu bezahlen; darüber, das Kl. spätestens am 10. Feb. 1887 den P in Triest beauftragt habe, den Gekl. per Dampfer „Empress of

India" schwimmende, auf den Dampfer „Nizam" umzuladende 100 Ballen Cochin-Ingwer für seine Rechnung zur Verfügung zu stellen und sie um ihre Disposition hierüber zu ersuchen, dass P hievon unter ausdrücklicher Benennung des Dampfers ihrem (der Gekl.) Triester Disponenten mündlich Mittheilung machte und an sie den Brief vom 10. Feb. 1887 richtete, dass aber die Ausfolgung dieser Waare über Widerruf seitens des Kl. verweigert wurde, führen die Gekl. Zeugen.

Die vom 1. R. zugelassene Klage wurde vom OLG. abgewiesen. Gründe: Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits hängt davon ab, ob die Gekl. aus dem mit dem Kl. geschlossenen Vertrage auf die Lieferung der mit Schreiben Nr. 3 vom 10. Feb. 1887 ihm zur Verfügung gestellten 100 Ballen Ingwer ein Recht hatte oder nicht. Nun ist allerdings im Lieferungsvertrage der zu liefernde Ingwer ganz allgemein nach Gewicht und Qualität bezeichnet, und nur die Absendungszeit festgestellt; es stand also nach demselben dem Kl. frei, von was immer für einer Sendung der betreffenden Waare, welche innerhalb der bezeichneten Zeit von Vorder-Indien abgieng, die bedungene Quantität zu liefern, insolange er nicht eine bestimmte Sendung als Gegenstand der Lieferung bezeichnete. Nun hat aber sein Spediteur P in Nr. 3 der gekl. Firma reisende 100 Ballen Ingwer namens des Kl. zur Verfügung gestellt und er hat bei seiner Vernehmung bestätigt, dass dies im Auftrage des Kl. geschah. Dass diese 100 Ballen jene waren, welche laut Conossaments auf dem Dampfer „Empress of India" verladen worden waren und später auf dem „Nizam" in Triest einlangten, ist unbestritten; es geht dies insbesondere auch aus dem Schreiben des Kl. vom 2. März 1887 hervor, worin nur behauptet wird, die Andienung dieser 100 Ballen durch P sei ein Irrtum gewesen. Schon durch diese Mittheilung des P, welche offenbar in Ausführung des oben bezeichneten Lieferungsvertrags erfolgte und sich nicht als neuer Antrag darstellt, hatte der Gekl. das Recht auf Lieferung dieser bestimmten Waarenpartie erworben, wenn auch der Name des Schiffs ihm erst zu einer Zeit bekannt gegeben wurde, wo schon die Lieferung verweigert wurde. Es bedurfte daher der übrigen am 12. Feb. 1887 abgegebenen ausdrücklichen Annahmserklärung gar nicht. Nachdem nun gleich darauf am 14. Feb. 1887, sowie als nach Anlangen der Waare die gekl. Firma die Ausfolgung begehrte, diese verweigert wurde, war die gekl. Firma im Sinne des Art. 355 Hgb. berechtigt, vom Vertrage abzugehen. Sie war nicht verpflichtet, eine in der Folge angebotene andere Waarenpartie anzunehmen, auch nicht verpflichtet, im Sinne des Art. 356 Hgb. eine Nachfrist zu gewähren, da nicht ein Lieferungsverzug, sondern eine ausdrückliche Weigerung, die bezeichnete Waarenpartie zu liefern, vorlag. War demnach die gekl. Firma, als sie die Annahme der auf der „Chanda" eingelangten Waare verweigerte, nicht im Uebernahmsverzuge, kann der Verkauf dieser Waare nicht als auf ihre Rechnung geschehen angenommen werden und ist sie nicht gehalten, den eingekl. Betrag des dem Kl. zugegangenen Schadens zu ersetzen. Das Klagebegehren muss also abgewiesen werden.

Der OGH. bestätigte das o. g. U., in der Erwägung, dass an der Beauftragung des Spediteurs durch den Kl. umsoweniger zu zweifeln ist, als dieser in seinem Rechtfertigungsschreiben vom 2. März 1888 nicht den Mangel einer Vollmacht, sondern einen Irrtum vorschützt, welcher übrigens zweifellos nicht vorhanden war, dass die an den Spediteur unter Hinweisung auf ein nachfolgendes Conossament gerichtete Aufforderung, eine schwimmende Waare anzumelden, nur als Auftrag, die den Gegenstand dieses Conossaments bildende Waare zur Verfügung zu stellen, aufgefasst werden kann, dass es bei Ausführung dieses Auftrags, welcher einen Zweifel über die vom Kl. zur Verfügung gestellte Waare nicht offen liess, einer näheren Bezeichnung der Waare in der an die gekl. Firma gerichteten Aufforderung nicht bedurfte, dass der Kl. durch die mittelst des Spediteurs an die gekl. Firma gerichtete Aufforderung, das ihm nach dem Vertrage bezüglich des Gegenstands, sowie der Zeit der Leistung offen gelassene Wahlrecht ausgeübt hat, dass der Kl. nicht berechtigt war, von der getroffenen Wahl abzugehen, nachdem diese der gekl. Firma bekannt gegeben worden war, dass der Kl., welcher seinen Widerruf an die Voraussetzung des Einlangens desselben vor der Ausführung seines Auftrags knüpfte, hiedurch den Mangel seiner Berechtigung zum willkürlichen Abgehen von der getroffenen Wahl selbst anerkannte, dass die gekl. Firma durch die vom Kl. genehmigte Verweigerung der Ausfolgung

der in verbindlicher Weise angebotenen Waare das von ihr auch zur Geltung gebrachte Recht erlangte, vom Vertrage abzugehen, und dass sohin das nachgefolgte Anbieten einer später einlangenden Waare einer vertragsmässigen Grundlage gänzlich entbehrte.

257.

Begriff des Fixgeschäfts.

Vgl. Bd. II Nr. 13; Bd. V Nr. 43. 76.

(E. 3. April 1889, Z. 3194.)

Gründe des OGH.: Zum Begriffe eines Fixgeschäfts gehört nicht nur die Bestimmung einer festgesetzten Erfüllungszeit oder Frist an und für sich, sondern es muss verabredet sein, dass die Waare genau zu einer bestimmten Zeit oder binnen einer bestimmten Frist geliefert werden soll. Soll das Wort „genau“ irgend einen Sinn haben, so muss nicht nur die „fest bestimmte“ Lieferungszeit oder Lieferungsfrist bedungen worden sein, sondern es muss entweder ausdrücklich oder nach § 863 bGb. oder Art. 278 Hgb. erschliessbar der Wille der Parteien dahin gerichtet sein, dass eine ausserhalb der bestimmten Zeit oder Frist erfolgte Lieferung nicht mehr als Erfüllung des Vertrags angesehen werden soll. Wollte man dem Worte „genau“ diesen Sinn nicht beilegen, so wäre dasselbe vollkommen überflüssig, da die Lieferungsfrist oder Zeit nach Art. 357 Hgb. ohnehin fest bestimmt sein muss. Da die gekl. Firma das Zustandekommen des Vertrags gänzlich leugnet, so muss bei Beurtheilung des Geschäfts die Angabe des Kl. zur Grundlage genommen werden. Aus derselben geht aber hervor. dass das fragliche Geschäft nicht ausdrücklich als Fixgeschäft erklärt wurde, und es liegt gar kein Umstand vor, aus dem geschlossen werden könnte, dass es — vorausgesetzt, dass der Beweis des Kl. über das Zustandekommen des Vertrags gelingt — im Willen der Parteien gelegen war, dass, wenn die Lieferung, resp. Uebernahme nicht binnen der fest bestimmten Frist erfolgen sollte, eine spätere Uebernahme nicht mehr als Erfüllung des Vertrags angesehen werden sollte. Es ist daher nicht der Art. 357 sondern der Art. 354 Hgb. hier maassgebend.

Bemerkung der Redaction. S. Geller Hgb. (3. Aufl.) Art. 357[1—12].

258.

Zulässigkeit der Einrede des Scheingiro.

(E. 17. Nov. 1885, Z. 1649. — GZ. 29.)

Wider die von A gegen B erwirkte wechselrechtliche Zahlungsauflage erhob Letzterer Einwendungen, in welchen er unter Beweisanerbietungen vorbrachte, er habe den Klagswechsel dem C blos zur Sicherstellung acceptiert, dieser habe jedoch, nachdem die Voraussetzung der Sicherstellung weggefallen, den Wechsel mit Giro an A, jedoch nicht zum Eigentume, sondern nur zu dem Zwecke übertragen, dass A den Wechsel gegen B einklage und den einzubringenden Betrag an C ausfolge. Der 1. R. wies die Einwendung ab, weil sie nach Art. 82 WO. unstatthaft ist, denn dieselbe ist nicht im Wechselrechte begründet und steht dem B gegen den Giratar A unmittelbar nicht zu; der Kl. erscheint durch das Giro nach Art. 10 wechselberechtigt und ist nach Art. 36 zur Klage legitimiert.

Der OGH. hob das vom OLG. bestätigte erstr. U. auf und trug dem Gerichte erster Instanz auf, die von B namhaft gemachten Zeugen über die thatsächlichen Angaben der Einwendungen zu vernehmen: Denn der Gekl. hat ein Scheingiro eingewendet und dessen Vorhandensein durch die von ihm angeführten und unter Beweis gestellten Thatsachen begründet. Eine solche Einwendung geht zwar nicht aus dem Wechselrechte hervor, es lässt sich aber auch nicht behaupten, dass dieselbe gegen den Kl., welcher Giratar ist, unmittelbar nicht zustehend, demselben nach Art. 82 der WO. nicht entgegengesetzt werden kann, wenn erwogen wird, dass damit die dem Giratar nach Art. 36 WO. zukommende Klagslegitimation direct bestritten wird, da derselbe, wenn das Giro

thatsächlich nur ein Scheingeschäft wäre, durch dieses nicht Eigentümer, sondern nur Machthaber des wirklichen Eigentümers des Klagewechsels nach Art. 17 WO. geworden ist, daher ihm alle jene Einwendungen entgegengesetzt werden könnten, welche dem Gekl. gegen den Mandanten selbst zustehen. Da es übrigens bei jedem Scheingeschäfte auf Schädigung der Rechte einer dritten Person abgesehen, daher der dolus gegen eine dritte Person gekehrt ist, so kann auch dieser letzteren, welche zur Wahrung ihres Rechts auftritt, die Befugnis zur Bestreitung des Scheinvertrags aus dem Grunde nicht abgesprochen werden, dass sie an dem Vertrage sich nicht betheiligt hat, daher solchen anzufechten nicht competent ist. Die Thatsachen, welche der Gekl. zur Begründung seiner Einwendungen sowohl in der Richtung der abgängigen Klagslegitimation im eigenen Namen des Kl. als auch in der Richtung der Nichtberechtigung des Ausstellers C. von dem Klagewechsel Gebrauch zu machen, behauptet und durch Zeugen, Erfüllungs- und Haupteid zu erweisen angeboten hat, sind für die Beurtheilung dieses Rechtsfalls von offenbarer Erheblichkeit und da die Untergerichte davon gänzlich Umgang genommen und die Einwendungen des Gekl. lediglich mit der Unstatthaftigkeit nach Art. 82 WO. abgefertigt haben, so stellt sich das Verfahren als noch nicht vollständig durchgeführt dar, weshalb nach § 49 des Hfd. v. 24. Oct. 1845 (JGS. 906) über das im Wechselprocesse anwendbare summarische Verfahren unter Behebung der untergerichtlichen U. vorerst die Durchführung des Zeugenbeweises anzuordnen war.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

259.

Rechtsfolgen der jure crediti erfolgten Einantwortung einer Verlassenschaft bei executiver Eintreibung einer Verlassesschuld.

(E. 16. April 1889, Z. 4352. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 457.)

Auf Grund des U. v. 13. Sept. 1888 und des Amtszeugnisses v. 30. Oct. 1888 erwirkte die A die Einverleibung des executiven Pfandrechts für die Forderung von 30 fl. nebst Zinsen und Kosten auf die der B gehörigen Hälfte eines Hauses. Ueber Recurs der B hat das OLG. in Abänderung des erstr. Bescheids das Gesuch der A abgewiesen und dem BG. die Amtshandlung nach § 133 GbG. verordnet, weil mit dem U. v. 13. Sept. 1888 die B zur Zahlung des Betrags per 30 fl. sammt Nebengebüren lediglich quoad vires der Verlassenschaft nach M. verurtheilt wurde, durch das Amtszeugnis vom 30. October 1888 aber keineswegs erwiesen wird, dass die Verlassenschaft der M. zur Befriedigung der Gläubiger zureichend erscheint und in welchem Maasse dies der Fall ist.

Der OGH. fand dem dawider überreichten Revisionsrecurse der A Folge zu geben und den erstr. Bescheid wieder herzustellen. Denn mit dem rechtskräftigen U. v. 13. Sept. 1888 wurde die Gekl. als „Rechtsnachfolgerin“ der M. schuldig erkannt, der Klägerin A den Betrag von 30 fl. sammt Nebengebüren binnen 8 Tagen bei Execution quoad vires der Verlassenschaft nach M. zu bezahlen. Aus diesem und dem weiteren Umstande, dass die Verlassenschaft der M. mit der Einantwortungsurkunde v. 30. Dec. 1879 nur jure crediti eingeantwortet wurde, folgt noch nicht, dass die angesuchte Execution nicht zu bewilligen sei, weil der § 802 bGb. lediglich das Maass dsr Haftung bedingt erbserklärter Erben feststellt und weil es der Gekl. als Rechtsnachfolgerin der M unbenommen bleibt, wenn von ihr mehr, als sie nach der genannten Einantwortungsurkunde zu leisten schuldig ist, im Executionswege verlangt werden sollte, die Einschränkung der Execution im besonderen Wege zur Geltung zu bringen.

260.

Voraussetzung der Verhängung der Prodigalitätscuratel über einen in Cisleithanien domicilierenden ungarischen Staatsangehörigen.

Vgl. oben Nr. 226.

(E. 28. Febr. 1889, Z. 1449.)

Ueber das Gesuch der Angehörigen des in Wien domicilierenden, nach Ungarn zuständigen X wurde, nach erbrachtem Nachweis der ungarischen Staatsbürgerschaft, vom BG. Leopoldstadt entschieden: Da durch das vorgelegte Zeugnis des Magistrats Budapest constatiert wird, dass X nach Budapest zuständig ist, daher als ungarischer Staatsbürger anzusehen kommt, derselbe ferner kein wie immer geartetes, in der diesseitigen Reichshälfte gelegenes bewegliches oder unbewegliches Vermögen besitzt, sonach die Voraussetzungen fehlen, unter denen das gefertigte Gericht berufen erscheint, definitiv oder nur interimistisch die persönliche Handlungsfähigkeit des Genannten einzuschränken oder eine vermögensrechtliche Vorsorge zu treffen, wird über den erhobenen Protest desselben, dass er als Ausländer im Sinne des § 4 bGb. weder die Zulässigkeit der Einleitung eines Prodigalitätsverfahrens, noch die nach § 176 und 568 bGb. verknüpften Rechtswirkungen des Verlustes der väterlichen Gewalt und der beschränkten Testierfähigkeit anerkenne, und in der Erwägung, dass die im JME. v. 16. Oct. 1860, Z. 14939 bezweckte Fürsorge für Ausländer vorliegendenfalls, da der Genannte nur von den Unterstützungen seiner Kinder lebt, gegenstandslos ist, das weitere Verfahren betreffs der angesuchten Prodigalitätserklärung eingestellt. Das OLG. bestätigte den erstr. Bescheid aus dessen Gründen und trug dem 1. R. auf, die Curatelsacten der competenten ungar. Gerichtsbehörde zur weiteren Amtshandlung zu übersenden.

Der hiegegen ergriffene a. o. Revisionsrecurs der Antragsteller, sowie die Nullitätsbeschwerde und Recurs des Gesuchsgegners, welcher sich gegen die amtswegige Abtretung der Acten an das competente ungarische Gericht beschwerte, wurden vom OGH. zurückgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: Da die Eigenschaft des X als ungarischer Staatsbürger ausser Zweifel steht und derselbe diese seine Staatsangehörigkeit durch seinen Aufenthalt in Wien nicht verloren hat, so muss die Beurtheilung, ob das Erfordernis zur Curatelverhängung über ihn wegen Verschwendung nach den Landesgesetzen vorhanden und in welcher Weise dieselbe durchzuführen sei, dem zuständigen Gerichte in Ungarn überlassen werden und könnte mit einer sofortigen Vorkehrung von den hierländigen Gerichten nur im Falle einer dringenden Notwendigkeit und auch dann nur provisorisch vorgegangen werden. Eine solche Dringlichkeit ist aber im vorliegenden Falle umsoweniger vorhanden, als vorliegt, dass derselbe kein wie immer geartetetes, in der diesseitigen Reichshälfte gelegenes bewegliches oder unbewegliches Vermögen besitzt und die von den Recurrenten angedeutete blosse Möglichkeit, dass er in Zukunft wieder zum Besitze eines Vermögens kommen oder gar von seiner väterlichen Gewalt einen Missbrauch machen könnte, hiezu nicht hinreicht. Bei dieser Sachlage kann demnach in den angef. EE. eine nach § 16 des Ges. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) zu deren Abänderung berechtigende Gesetzwidrigkeit nicht wahrgenommen werden, weshalb dem a. o. Revisionsrecurse keine Folge gegeben werden konnte. Was aber die als Nullitätsbeschwerde und Recurs bezeichnete Eingabe des X betrifft, in welcher er sich gegen die o. g. verfügte Uebersendung der Curatelsacten an die competente ungarische Gerichtsbehörde beschwert, so wird diese Beschwerde zurückgewiesen, weil er auf den Verkehr zwischen den hierländigen und dem ungarischen Gerichte keinen Einfluss zu nehmen hat und ihm eine Berechtigung zur Anfechtung einer diesfälligen Verfügung überhaupt nicht zusteht.

261.

Anspruch auf pfandrechtliche Sicherstellung urtheilsmässig zugesprochener künftiger Alimente?

Vgl. Bd. I Nr. 24. 344; Bd. II Nr. 19. 20.

(E. 20. Dec. 1888, Z. 13652.)

Das Begehren um Bewilligung der Einverleibung des Pfandrechts für die urtheilsmässig zuerkannten noch nicht fälligen Alimentationsraten wurde vom 1. R. abgewiesen, denn Gegenstand der Execution kann nur eine schon fällige Forderung sein; das dem Gesuche zugrunde liegende U. räumt aber nicht das Recht ein, die grundbücherliche Sicherstellung der noch nicht fälligen Forderung zu verlangen.

Das OLG. gab dem Ansuchen Folge; denn das dem Gesuche zur Grundlage dienende U. ist rechtskräftig und der zugelassene Haupteid abgelegt, dieses U. ist daher nach den Bestimmungen des § 94 GbG., §§ 401, 422, 423 und 426 wGO. und §§ 547 und 548 bGb. bezüglich der fälligen Raten im Executionswege auf die hiemit bewilligte Art vollziehbar, dagegen aber bezüglich der noch nicht fälligen Raten eine nach § 33 GbG. zur Bewilligung der einfachen grundbücherlichen Einverleibung des Pfandrechts geeignete Urkunde.

Der OGH. stellte die erstr. E. wieder her, weil nach den Bestimmungen des § 401 wGO. dem Gläubiger das Recht zur zwangsweisen Pfändung nur bei Mangel der durch richterlichen Spruch auferlegten Leistung eingeräumt wird, weil das U. eine Verpflichtung zur Sicherstellung der künftig in den vorgezeichneten Terminen zu berichtigenden Alimentationsraten nicht ausspricht, und weil endlich die Kl. einen Rechtsgrund zur Forderung einer Sicherstellung urkundlich nicht nachgewiesen haben.

262.

Behandlung einer vorgemerkten und nach abgelaufener Frist nicht gerechtfertigten Forderung bei der Meistgebotsvertheilung.

(E. 21. März 1888, Z. 3326. — GH. 1889/7.)

Die auf der exec. veräusserten Liegenschaft x pränotierte, jedoch innerhalb der bis 31. Aug. 1887 offen gehaltenen Frist nicht justificierte Forderung des B per 220 fl. 75 kr. und Kosten bis zum Höchstbetrage von 20 fl. wurde über Antrag des Exequenten und Erstehers A von dem 1. R. auf den Meistgebot nicht gewiesen und zugleich ausgesprochen, dass die Vormerkung nach Rechtskraft des Liquidierungsbescheides grundbücherlich gelöscht werden könne, weil die am 31. Aug. 1887 endigende Rechtfertigungsfrist nicht offen gehalten und wurde B die Forderung nicht liquidiert hat, demnach angenommen werden muss, dass er auf deren Bezahlung nicht mehr besteht.

Das OLG. erkannte, dass der Kaufschillingsrest per 105 fl. 88 kr. auf die pränotierte Forderung des B per 220 fl. 75 kr. bedingt für den Fall gewiesen werde, wenn: a) B mittelst einer binnen 30 Tagen nach Rechtskraft der E. einzubringenden Pränotationsrechtfertigungsklage den Bestand dieser Forderung und des hiefür erwirkten Pfandrechts der Hypotheksbesitzerin und dem bestreitenden Exequenten gegenüber zu erweisen vermag und wenn ferner b) der Exequent A mittelst einer binnen 6 Wochen einzubringenden Klage, event. im Wege der Einwendung gegen die etwa angestrengte Pränotationsrechtfertigungsklage die Rechtsungiltigkeit dieser Forderung im Rechtswege nicht erweisen würde.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. rücksichtlich der bedingten Zuweisung der pränotierten Forderung auf den Meistbot, änderte sie aber im übrigen Inhalte dahin ab, dass diese bedingte Zuweisung für den Fall einzutreten hat, wenn: a) B die erwirkte Vormerkung auf die im § 41 GbG. vorgeschriebene Art rechtfertigt, wobei ihm zur Einleitung dieser Rechtfertigung eine Frist von 3 Wochen von Zustellung der oberstrichterlichen E. bestimmt wird, und im Falle als b) B die erwirkte Vormerkung rechtfertigen sollte, A durch eine in der Frist von 30 Tagen vom Zeitpunkte der erfolgten Verständigung einzubringende Klage dar-

zuthun nicht vermöchte, dass die obige Forderung nur auf einem Scheingeschäft zu seinem Nachtheile beruhe. Mit dem unbedeckten Reste dieser Forderung per 114 fl. 86 kr. s. N. geht der Tabulargläubiger B bei dieser Meistbotsvertheilung jedenfalls und für den Fall, als die eben ausgesprochene Zuweisung als eine unbedingte zu gelten hat, gehen die in den Abs. 2 und 3 des erstr. Bescheids bezeichneten Forderungen des A bei dieser Meistbotsvertheilung leer aus und kann das diesfällige Pfandrecht bei der genannten Realität gelöscht werden. Wenn aber B die für ihn pränotierte Forderung nicht rechtfertigt, oder A den Erweis erbringt, dass die justificierte Forderung eine ungiltige sei, dann haben bezüglich der Zuweisung der restlichen 105 fl. 88 kr. des erzielten Meistbots die Bestimmungen der Abs. 2 und 3 des erstr. Bescheids aufrecht zu verbleiben und kann bezüglich der ganzen Tabularforderung des B als bei dieser Meistbotsvertheilung leer ausgegangenen Satzpost das pränotierte Pfandrecht im Grundbuche gelöscht werden. Gründe: Nachdem das Pfandrecht für die Forderung des B per 220 fl. 75 kr. sammt Kosten im Höchstbetrage per 20 fl. auf dem im Executionswege verkauften Hause x vorgemerkt ist und der Richter bei der Zuweisung des Meistbots auf den Tabularstand Rücksicht zu nehmen hat, geht es nicht an, diese Forderung, wenn selbe auch weder schriftlich noch mündlich liquidiert wurde, einfach zu übergehen, sie als nicht bestehend anzusehen und deren Löschungsbewilligung auszusprechen, wie es seitens der 1. R. geschah, dessen Erkenntnis A in seinem Revisionsrecurse wieder hergestellt haben will; noch, und zwar lediglich mit dem Vorbehalte des Rechts der Pränotaten oder der dermaligen Interessenten, um die Löschung anzusuchen, die Forderung unbedingt auf den Meistbot zu weisen, wie es B anstrebt. Bei dem dermaligen Stande der Sache kann bei den divergierenden Ansprüchen über das Bestehen der Forderung und des für selbe bedingt erwirkten Pfandrechts im Wege der Liquidationserledigung nicht entschieden werden. Soll dem B ein Anspruch auf die Meistbotsgebüren zuerkannt werden, ist es vor allem nötig, dass sein bedingtes Pfandrecht in ein unbedingtes umgewandelt, die erwirkte Vormerkung gerechtfertigt werde, wobei ihm aber zugestanden werden muss, diese Rechtfertigung auf eine der im § 41 GbG. vorgesehenen Arten zu bewirken und nicht aufgetragen werden kann, die Rechtfertigung im Klagswege auch gegen den Exequenten A durchzuführen, weil nach dem GbG. die Rechtfertigung nur gegen jenen geltend zu machen ist, wider welchen die Vormerkung erwirkt wurde. Wenn aber B die Rechtfertigung des vorgemerkten Pfandrechts nicht erwirkt, dann hat er auf Grund der blossen Pränotation keinen Anspruch auf den im Executionswege für die Realität erzielten Meistbot. Hat er aber auch das unbedingte Pfandrecht erwirkt, muss es doch dem A als nachfolgenden Tabulargläubiger und Exequenten vorbehalten bleiben, im Processwege die Ungiltigkeit der Forderung und des für selbe erwirkten Pfandrechts darzuthun, wenn er ein zu seinem Nachtheile vorgekommenes Scheingeschäft erweisen kann. Erfolgt die Rechtfertigung und gelingt es dem A nicht, den Beweis der Ungiltigkeit zu erbringen, dann fällt der Meistbotsrest dem B zu, im entgegengesetzten Falle aber, wenn nemlich die Vormerkung nicht justificiert wird, oder auf die Ungiltigkeit der Forderung und des Pfandrechts erkannt wurde, fällt der Anspruch des B weg und es verbleibt bei der vom 1. R. in seinem Bescheide sub 2 und 3 erfolgten Zuweisung des Meistbotsrests per 105 fl. 88 kr. und kann das Pfandrecht für die Forderung des B per 220 fl. 75 kr. s. N. gelöscht werden.

263.

Voraussetzung für die bücherliche Anmerkung einer Löschungsklage wegen eingetretener Compensation.

(E. 11. Sept. 1888, Z. 10579.)

Die über die Klage des A gegen die Erben nach M vom 1. R. auf Ansuchen des Kl. verfügte Anmerkung des Streits hinsichtlich der ob dem Hause x für die Gekl. haftenden Forderungen per 1500 fl. und 1500 fl. wurde von dem OLG. aufgehoben; denn im gegenwärtigen Falle soll erst über den Bestand der Forderung des Kl. entschieden und soll erst ausgesprochen

werden, ob die Forderungen, für welche der Kl. und seine Gattin als Besitzer der Realität x diese ihre Realität zur Hypothek bestellten, durch Compensation mit der eingeklagten Forderung erloschen seien; es ist daher nicht der Fall eingetreten, dass der Kl., als durch eine Einverleibung in seinem bücherlichen Rechte verletzt, die Einverleibung aus dem Grunde der Ungiltigkeit bestreiten würde, daher auch die Bedingung zur Bewilligung der Streitanmerkung im Sinne des § 61 GbG. nicht vorliegt.

Der OGH. bestätigte die o. g. E., weil der § 61 GbG von der Bestreitung der Einverleibung aus dem Grunde deren Ungiltigkeit handelt und nicht einmal behauptet wird, dass die Einverleibung der Sätze ungiltig sei, vielmehr deren Löschung infolge eingetretener Compensation begehrt wird, diesbezüglich aber vorerst entschieden werden muss, ob die Voraussetzungen, unter denen eine Compensation zulässig ist, vorliegend zutreffen.

D. Civilprocess.

264.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Zuständigkeit der ersteren für Klagen wegen Störung im Besitze eines Fahrwegs in einem Walde.

(E. 28. Dec. 1888, Z. 14931.)

Der Besitzstörungsklage des A wurde unter Verwerfung der vom Gekl. B erhobenen Incompetenzeinrede vom 1. R. stattgegeben und in der Begründung ausgeführt, dass ein über eine Waldparcelle des Gekl. führender Weg nach den Zeugenaussagen vom Kl. als Fussteig und Fahrweg benützt wurde, der Gekl. aber quer durch diesen Weg einen Graben aufwerfen, dann überdies den Weg durch einen Schranken absperren und daneben eine Warnungstafel aufstellen liess, worauf das Verbot enthalten war, diesen Waldweg zu betreten. Der Gekl. beruft sich zwar auf das Forstgesetz, doch habe dieses Gesetz keine Abänderung des bGb. beabsichtigt und sei Kl. auch als Eigentümer des Waldes nicht berechtigt, den Gekl. in der Ausübung seines Rechtsbesitzes zu stören. Die Einwendung der Incompetenz sei unbegründet, weil der Kl. im Besitze eines Geh- und Fahrrechts gestört zu sein behauptet und zur Entscheidung über derartige Störungen im Besitze von Privatrechten nach dem bGb. und der kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 (RGB. 12) die Gerichte berufen sind.

Das OLG. bestätigte die erstr. E. aus deren Gründen und fügte hinzu. dass die Zuständigkeit der Gerichte vorliegend schon deshalb begründet ist, weil es sich eben um die ungestörte Fortdauer des Geh- und Fahrrechts des A handelt, welcher den factischen langjährigen Besitz durch Zeugen erwiesen hat, in welchem Besitze ihn neuester Zeit der Gekl. durch einseitiges Handeln gestört hat. Die Berufung auf den Schutz des Forstgesetzes erscheint als eine müssige, weil dieses Gesetz wohl die Waldcultur zu schützen bestimmt ist. aber keineswegs unter Verletzung der Rechte dritter Personen.

Der OGH. gab dem a. o. Revisionsrecurse bei Abgang der Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) keine Folge. Denn die Verweisung auf die Bestimmungen des kais. Pat. v. 5. Juli 1854 (RGB. 130) und der MVdg. v. 6. März 1867 (RGB. 48) und die hierauf gestützte Einwendung der Incompetenz der Gerichte sind bei Bestand der klaren Vorschrift des § 2 des Landesgesetzes für Böhmen v. 12. April 18·6 (LGB. 36) zur Berücksichtigung nicht geeignet, es liegt aber auch sonst eine Nichtigkeit oder offenbare Ungerechtigkeit nicht vor, vielmehr entsprechen die in Beschwerde gezogenen EE. der erstr. richtig dargestellten Sachlage und dem Gesetze.

265.

Verfahren der Gerichte, wenn eine Angelegenheit von dem Reichsgerichte vor den ordentlichen Richter gewiesen wird.

(E. 16. April 1889, Z. 4163, III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 453.)

In der mit Klage vom 14. Nov. 1885 anhängig gemachten Rechtssache des A gegen die Stadtgemeinde B wegen Zahlung einer Pension hatten die Gerichte aller drei Instanzen der Einwendung der Unzuständigkeit der Gerichtsbehörden zur Entscheidung der Streitsache stattgegeben; nachdem aber das Reichsgericht mit Erk. v. 16. Jänner 1888 die Competenz der Gerichtsbehörden ausgesprochen hatte, begehrte A mit Eingabe v. 16. Febr. 1888 die Erneuerung, bez. Fortsetzung des Verfahrens über seine Klage, wogegen B auf Grund der erflossenen gerichtlichen Entscheidungen den Klagsrückerlag einbrachte. Hierüber wurde vom 1. R. eine Tagsatzung angeordnet.

Auf den Recurs des A fand das OLG. unter Behebung des angef. Bescheids die Rückstellung der Eingabe der B als zu einer weiteren Amtshandlung nicht geeignet, zu verordnen, weil es sich in dem Gesuche des A nicht um eine neue Klage, sondern blos um die Fortsetzung des Verfahrens über die Klage vom 14. Nov. 1885 handelt, weil auf die bezüglich der Einwendung der Unzuständigkeit der Gerichtsbehörde ergangenen Urtheile, auf welchen allein die Eingabe der B beruht, angesichts des E. des RG. keine Rücksicht mehr genommen werden darf und weil, nachdem eine Entscheidung in der Sache selbst nicht ergangen ist, das Hfd. vom 15. Jänn. 1787 (JGS. 621) lit. aa, keine Anwendung findet.

Hiegegen überreichte B die Nullitätsbeschwerde, worin ausgeführt wird, dass die oberlandesgerichtliche Entscheidung den Verhandlungssatz des Verfahrens in Streitsachen, den Grundsatz der gleichen Einvernehmung der Parteien, den instanzenmässigen Zug der richterlichen Entscheidungen, die solenne Form der gerichtlichen Aussprüche verletzt habe.

Der OGH. verwarf die Nullitätsbeschwerde, wobei er erwog, dass in der vorliegenden Rechtssache durch das E. des RG. v. 16. Jän. 1888 die Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung ausgesprochen wurde, dass nach alinea 2 des Art. 4 des Staatsgrundges. v. 21. Dec. 1867 (RGB. 143) in dem Falle, wenn eine Angelegenheit von dem RG. vor den ordentlichen Richter gewiesen wird, die E. von den Gerichten wegen Incompetenz nicht abgelehnt werden kann, dass demzufolge die über die Einwendung der Incompetenz ergangenen gleichförmigen gerichtlichen U. durch das E. des RG. wirkungslos geworden sind, woraus folgt, dass auch von einem Klagsrückerlag aus dem Grunde der in Ansehung der Incompetenz vermeintlich entschiedenen Rechtssache keine Rede sein könne; dass nach § 14 des Ges. v. 18. April 1869 (RGB. 44) der Antrag auf Entscheidung eines verneinenden Competenzconflicts von der betheiligten Partei, ohne Unterschied, ob die ablehnende Entscheidung rechtskräftig geworden ist oder nicht, gestellt werden kann und dass Kl. auf Grund des reichsgerichtlichen E. um die Erneuerung, bez. Fortsetzung des Verfahrens über seine Klage angesucht hat.

266.

Unzulässigkeit der a limine-Abweisung der beim Gerichte des Domicils des Klägers eingebrachten Klage gegen eine ausländische Firma auf Ungiltigkeit des Schiedsspruchs einer ausländischen Börse, verbunden mit einer Aufforderungsklage.

(E. 11. April 1889, Z. 4164.)

Die Klage der Firma A in Prag gegen die Firma B in Berlin auf Nichtigkeit und Ungiltigkeit des Schiedsspruchs der Berliner Productenbörse und auf Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs per 1729 Mk. 20 Pf., wurde von dem HG. in Prag wegen offenbarer Incompetenz dieses HG. gemäss § 1 JN. ab- und an den competenten Gerichtsstand gewiesen; denn in der Klage wird nicht einmal behauptet, dass sich der Gekl. in Betreff der inbesagten Rechtsangelegenheit

diesem Handelsgerichte ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen habe, weshalb gemäss § 13 JN. die Klage bei demjenigen Gerichte erster Instanz anzubringen ist, in dessen Sprengel der Gekl. zur Zeit der Einbringung der Klage seinen ordentlichen Wohnsitz hat.

Das OLG. bestätigte den erstr. Bescheid aus dessen Gründen und in der weiteren Erwägung, dass das ordentliche Gericht der bekl. Firma, bei welchem die Streitsache im Sinne des § 274 aGO. anhängig zu machen wäre, das HG. in Prag offenbar nicht ist, und dass der § 31 JN. nicht zur Anwendung gelangen kann, nachdem der Fall einer Berühmung im Sinne des § 66 aGO. nicht vorliegt, indem die Firma B gegen die Recurrentin thatsächlich schon eine Klage eingebracht hat, weil endlich das Ges. vom 1. April 1875 (RGB. 67) auf Aussprüche ausländischer Schiedsgerichte nicht zu beziehen ist.

Der OGH. verordnete die aufrechte Erledigung der Klage, weil bei der Auffassung der nach § 274 aGO. den ordentlichen Richter bestimmenden „Streitsache“ von dem angef. Schiedsspruche notwendig abgesehen werden muss, weil dann aber mit Hinblick auf die allgemeinen Bestimmungen über die Handelsgerichtsbarkeit eine offenbare Unzuständigkeit des HG. Prag, welche allein nach § 1 des kais. Pat. vom 20. Nov. 1852 (RGB. 251) eine amtswegige Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit zu rechtfertigen vermöchte, nicht unterwaltet; weil mit dem zweiten Theile des Klagebegehrens die Bel. aufgefordert wird, ihren Ersatzanspruch binnen einer zu bestimmenden Frist mittelst Klage auszuführen, worin unzweifelhaft das Wesen einer Aufforderungsklage gelegen, weil über die Grundhältigkeit derselben nach dem Hfd. vom 6. Oct. 1783 (JGS. 197) lit. b, nicht jetzt zu entscheiden ist; weil also auch nach § 31 des kais. Pat. vom 20. Nov. 1852 (RGB. 251) gegen die Annahme ein von amtswegen zu erhebender Zuständigkeitsanstand nicht besteht, weil demnach die gleichförmigen Entscheidungen gegen die gesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit verstossen, somit nach dem Hfd. vom 15. Feb. 1833 (JGS. 2593) zu beheben sind und die Annahme der Klage mit Absehen von dem Zuständigkeitsanstande verordnet werden muss.

267.

Begriff der Klagenhäufung: Zulässigkeit Einer Klage wider mehrere Personen wegen Anmaassung derselben Servitut.

(E. 3. Jän. 1889, Z. 15057.)

Die vom 1. R. aufrecht erledigte Klage des A wider B, C und D wegen Fahrrechtsanmaassung wurde von dem OLG. ad separandum gewiesen, weil der Gegenstand dieser Klage die von verschiedenen Gutsbesitzern zu verschiedenen Zeiten vollzogenen Fahrten betrifft, diese Fahrten unter sich keinen Zusammenhang haben (§ 4 aGO.), daher nach dem Hfd. vom 27. Sept. 1792 (JGS. 53) die Klage zur Absonderung zu weisen war.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, weil es sich nach der Darstellung der Klage nur um den Bestand oder Nichtbestand eines Fahrtrechts handelt, welches von mehreren Personen ausgeübt wird, weil der Fall einer Mehrheit von Streitgegenständen hier überhaupt nicht vorliegt, und B nicht den entferntesten Anlass zur Beschwerde darüber hat, dass die Klage auch gegen andere Personen gerichtet worden ist, welche die Fahrten auf einem und demselben Wege vornehmen.

268.

Klagführung Namens einer liquidierenden Gesellschaft ohne Vollmacht des Liquidators; Mangel der Sach- oder der Processlegitimation?

(E. 28. Nov. 1888, Z. 13739.)

In Stattgebung der von dem Gekl. B wider die Klage der Firma A in Liquidation erhobenen Einwendung des Mangels der activen Klagslegitimation, weil die Klage nicht von dem bestellten Liquidator F eingebracht, derselbe

nicht als Kl. angeführt, und die Klage von ihm nicht gefertigt und auch die Processvollmacht desselben nicht vorgelegt worden ist, wies der 1. R. die Klage ab, weil nach dem vorgelegten Auszug aus dem Handelsregister F als ernannter Liquidator bestellt und im Handelsregister eingetragen ist, dass die Liquidationsfirma in der Art gezeichnet wird, dass unter der Firma A in Liquidation F seinen Namen beizusetzen hat. Da nach Art. 137 Hgb. nur die Liquidatoren einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft diese gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten berechtigt sind, der zum Liquidator der Firma A ernannte F aber weder am Rubrum noch im Contexte der bezogenen Klage und der weiteren Satzschriften als Kläger angeführt ist, und auch weder die Klage noch die weiteren Satzschriften von F unter der Zeichnung „Firma A in Liquidation" unterfertigt sind, und auch auf der Vollmacht die in dem Handelsregister eingetragene Firmazeichnung dieser Gesellschaft in Liquidation mangelt, weil auch diese Vollmacht von F nicht gefertigt ist, diese Vollmacht überdies eine aus früherer Zeit herrührende, nur von A gefertigte zu sein scheint, weil zur Unterschrift des A die Worte „in Liquidation" von einer andern Hand und mit anderer Tinte beigesetzt sind und auch die Jahreszahl sichtbar abgeändert wurde, so ist diese von der gekl. Firma erhobene Einwendung des Mangels der Klagslegitimation begründet und musste daher die Klage wegen Mangels der Legitimation zu derselben abgewiesen werden.

Das OLG. bestätigte die erstr. E. aus deren Gründen, zumal die Berechtigung der Firma A zur Streiterhebung, weil in Liquidation befindlich, mangelt, und dieses Recht, auf welches der Richter von amtswegen zu sehen hat (§ 20 aGO.), nur dem gerichtlich bestellten Liquidator allein zusteht, welcher dem Streite während dessen Verlaufs nicht beigetreten ist, weshalb die gewechselten Reden umsomehr ohne rechtliche Geltung erscheinen, als die gekl. Firma ausdrücklich den Mangel der activen Klagslegitimation eingewendet hat, das Begehren der Appellation des Kl., es hätte die Klage ob dieses Mangels blos für dermal abgewiesen werden sollen, wäre an sich wohl berechtigt, doch ist demselben schon im unterrichterlichen Spruche dadurch Rechnung getragen worden, dass in den Spruch der Beisatz: „wird wegen Mangels der Legitimation zur Klage" — aufgenommen worden ist.

Der OGH. trug dem 1. R. unter Aufhebung der unterger. EE. auf, nunmehr mit Absehen von dem vermeintlichen Mangel der Legitimation zur Klage in die Entscheidung der Sache selbst einzugehen, weil die gekl. Firma die Legitimation der klagenden Firma A in Liquidation zur Rechtsverfolgung und zur Sache gar nicht bestritten, sondern lediglich eingewendet hat, dass weder die Klage von dem zur Vertretung der letzteren allein berechtigten Liquidator F unterschrieben, noch die von diesem dem kl. Rechtsfreunde ausgestellte Processvollmacht vorgelegt wurde, diese Einwendung aber nicht den Mangel der activen Klagslegitimation, sondern nur den Mangel des Nachweises der Befugnis zur Vertretung der kl. Firma in dem gegenwärtigen Rechtsstreite von Seite des in ihrem Namen eingeschrittenen Rechtsfreunds betrifft, weil der Mangel der Beibringung einer ordentlichen Vertretungsvollmacht selbst dann, wenn die Satzschriften von der Partei nicht eigenhändig oder nicht gehörig gefertigt wurden, nicht die Abweisung der Klage. sondern nach der Res. vom 14. Juni 1784 (JGS. 306) und dem Hfd. vom 9. Nov. 1811 (JGS. 961) nur die Sistierung der Urtheilsschöpfung bis zur Behebung dieses Mangels zur Folge haben kann, hiernach bei der Mangelhaftigkeit der von dem kl. Rechtsfreunde producierten Vertretungsvollmacht die vorläufige Sanierung dieses formellen Mangels einzuleiten, nicht aber vorzeitig ein Urtheil zu schöpfen war, weil, nachdem eine ordnungsmässig von dem Liquidator F für den kl. Rechtsfreund ausgestellte Vertretungsvollmacht in der Appellationsbeschwerde der kl. Firma beigebracht wurde, die Notwendigkeit der vorläufigen Abforderung einer solchen Vollmacht dermal entfällt, daher vom 1. R. nunmehr in die Entscheidung der Sache selbst eingegangen werden kann.

269.

Abtretung eines Theils der mit der Rechnungsklage zugleich geltend gemachten Forderung an einen Dritten. Eintritt des Cessionars in den anhängigen Process.

(E. 2. Jän. 1889, Z. 634.)

Die in dem Rechnungsprocessedes A wider B vom 1. R. zur Kenntnis genommenen Anzeige des A und K von der Uebertragung des Theilbetrags per 2600 fl. von der mit eingeklagten Forderung per 2902 fl. an K und von dem Eintritt des Letzteren in den Rechtsstreit als Mitkläger unter Genehmigung der von A bisher eingeleiteten gerichtlichen Schritte, wurde von dem OLG. abgewiesen, weil, wenn es auch für gerichtsordnungswidrig nicht anerkannt werden kann, dass eine dritte, in einem anhängigen Rechtsstreite ursprünglich nicht befangene Person wegen des erst nachher für dieselbe an letzterem entstandenen Interesses aus den Gründen der Sicherheit und Zweckmässigkeit erst im Laufe des Processes demselben mitwirkend beitritt, und wenngleich für richtig nicht erkannt werden kann, dass zu dieser Intervention die Genehmigung der Gegenseite vorerst erwirkt werden muss, so setzt doch eben letzteres voraus, dass sich dieser Beitritt ohne sonstige Aenderung der Sachlage vollziehe, daher auf den vorliegenden Fall angewendet, da K als Mitkläger auftreten will, sein Beitritt das ganze Klageverfahren umfasse, was eben hier nicht geschieht, nachdem der Letztere blos in dem nebenbei gestellten Begehren auf Zahlung einzig und allein, und auch da nur im beschränkten Maasse zu participieren gedenkt, wozu noch kommt, dass eine solche Theilnahme ohne Aenderung des Klagebegehrens nicht durchführbar erscheint.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, in Erwägung, dass nach § 1394 bGB. die Rechte des Uebernehmers mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die übertragene Forderung eben dieselben sind, dass eine Forderung auch nur theilweise abgetreten werden kann, dass mit Rücksicht auf die Haftung des Ueberträgers nach § 1397 bGb. und die hiedurch begründete Verpflichtung desselben zur Vertretungsleistung dem Uebernehmer nach § 59 aGO. freisteht, mit dem Ueberträger einverständlich und zugleich den Process zu führen, daher einem bereits eingeleiteten Processe auch beizutreten, dass sich dieser Beitritt nach dem Umfange der Abtretung richtet, daher nicht notwendigerweise das ganze Klagebegehren umfassen muss, dass ein solcher Beitritt allerdings nur in der Lage, in welcher sich der Process befindet, erfolgen kann, dass jedoch diese Voraussetzung hier zutrifft, endlich, dass in der bisher unterlassenen Aenderung des Klagebegehrens ein Grund für die Abweisung des von K gemeinschaftlich mit dem ursprünglichen Alleinkläger angezeigten Eintritts des Ersteren in den Process nicht gelegen ist.

270.

1. Unerheblichkeit der unterbliebenen aussergerichtlichen Einmahnung für die Kostenpflicht des sachfälligen Beklagten. — 2. Kostenpflicht des compensatis expensis submittierenden Beklagten.

(E. 8. Mai 1889, Z. 4363. — GZ. 29.)

Der Klage des A wider den durch die Finanz-Procuratur vertretenen Staatsschatz auf Ausscheidung von Viehstücken aus dem Pfandverbande, welche zur Sicherstellung der gegen A wegen einer Gefällsübertretung verhängten Geldstrafe bei ihm gepfändet worden waren, wurde vom 1. R. stattgegeben und der Staatsschatz in den Ersatz der Gerichtskosten an den Kl. verfällt; denn die Finanzprocuratur hat im Namen des Staatsschatzes in ihrer Erklärung v. 8. Juni 1888 in das Klagebegehren eingewilligt, weshalb dem Klagebegehren gemäss zu erkennen war. Obwohl in der obigen Erklärung die Finanzprocuratur in das Klagebegehren mit dem Vorbehalte der gegenseitigen Aufhebung der Gerichtskosten einwilligte, so kann dennoch dieser Vorbehalt nicht berücksichtigt werden, weil, sobald die Finanzprocuratur die Klagsanführungen nicht widersprochen und hiedurch die Richtigkeit des eingeklagten Begehrens anerkannt hat, übrigens nach

erhaltener Klage um eine Frist zur Erstattung der Einrede ansuchte und erst am 8. Juni 1888 die obige Erklärung abgab, kein gesetzlicher Grund vorhanden ist, den Kläger mit dem Begehren um Zuspruch der Gerichtskosten abzuweisen, ihm vielmehr die Gerichtskosten im Sinne des § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) zuerkannt werden müssen.

Das OLG. erkannte auf Aufhebung der Gerichtskosten; denn die Einbringung der Klage war voreilig und mutwillig. Kläger behauptet, dass im Jänner 1888 die Finanzwache die Pfändung vorgenommen hat, und schon am 8. Febr. 1888 überreichte er die Klage, ohne daselbst vorzubringen, was zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung unumgänglich erforderlich war, dass er sich vor allem an die Finanzbehörde mit der Bitte um Aufhebung des Pfandrechts gewendet, diese aber seinem Ansuchen nicht willfahrt hätte. In Anbetracht dessen, sowie auch dessen, dass die Finanzprocuratur wirklich in das Klagebegehren einwilligte, kann nicht angenommen werden, dass hier die Bedingungen der §§ 529 u. 532 wGO. und des § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69), unter welchen dem Kl. die Kosten zuzuerkennen sind, eintreten und es müssen diese Kosten gegenseitig aufgehoben werden.

Der OGH. stellte die erstr. E. wieder her, mit dem Beisatze, dass die belangte Finanzprocuratur schuldig ist, dem Kl. die Kosten der zweiten und dritten Instanz zu ersetzen. Denn die Finanzprocuratur hat in ihrer Eingabe de praes. 8. Juni 1888 in das Klagebegehren eingewilligt, sonach die Richtigkeit des eingeklagten Begehrens anerkannt und ist infolge dessen auch im Streite unterlegen. Hienach muss die Finanzprocuratur nach der ausnahmslosen Bestimmung der §§ 24 u. 26 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) zum Ersatze der dem Kl. verursachten Kosten aller drei Instanzen, welche zum Zwecke der entsprechenden Rechtsverfolgung sich als notwendig darstellen, verhalten werden, zumal ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht des Klägers auf den ihm gebürenden Kostenersatz nicht vorliegt und die Streitsache nicht durch einen Vergleich beendet, sondern durch Urtheil entschieden wurde.

271.

Kostenpflicht des unter das Begehren um Bestellung einer Klagscaution submittirenden Klägers selbst im Falle der richterlichen Mässigung der Klagscaution.

Vgl. Bd. III Nr. 64. 351; Bd. VI Nr. 292. 458. 512.

(E. 4. Jän. 1889, Z. 15206 ex 1888.)

Der Gekl. begehrte mit der Erklärung, dass er sich auch mit der gerichtlichen Cautionsbemessung zufrieden gebe, eine Klagscaution per 100 fl., worauf der 1. R. die Caution mit 50 fl. bestimmte und dem Kl. den Kostenersatz auftrug. Das OLG. behob den Kostenzuspruch in Erwägung, dass über die Verpflichtung des Kl. zur Bestellung einer Caution gar kein Streit stattfand, indem dieser sich zur Cautionsleistung bereit erklärte und nur die Herabsetzung des vom Gegner mit 100 fl. verlangten Cautionsbetrags anstrebte; in Erwägung, dass das Gericht solchen auf nur 50 fl. bestimmt, hiedurch aber den vom Gekl. geforderten Betrag nicht als angemessen erkannt hat.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, in Erwägung, dass die Verpflichtung des Kl., für die Gerichtskosten eine annehmbare Sicherstellung zu leisten, feststeht, der Gekl. aber bei Stellung des betreffenden Begehrens auch erklärte, sich mit dem Sicherstellungsbetrage zu begnügen, welchen das Gericht zu bestimmen finden wird, der Gekl. somit in keiner Richtung als unterlegen angesehen werden kann, demzufolge ihm nach § 24 des Ges. vom 18. Mai 1874 (RGB. 69) Ersatz der Kosten der bezüglichen Verhandlung gebürt.

272.

Haftung der Klagscaution für die Kosten des über dieselbe abgeführten Incidenzstrits und der Erfolglassung.

(E. 10. April 1889, Z. 4136.)

Die Kl. A bestellte über Begehren der mit Klage de pr. 30. April 1888 auf eidliche Vermögensangabe belangten B eine actorische Caution per 100 fl.

und verpflichtete sich zum Ersatze der gerichtlich zu bestimmenden Kosten des Indidenzstritts pto. der Klagscaution. Da die mit Bescheid v. 24. Juni 1888 auf 32 fl. bestimmten Kosten des Incidenzstritts nicht bezahlt wurden, begehrte die B die exec. Erfolglassung dieses Betrags, sowie der Kosten des Erfolglassungsgesuchs aus der erlegten Caution; welchem von dem OLG. abgewiesenen Begehren der OGH. in Uebereinstimmung mit dem 1. R. stattgab, in der Erwägung, dass die Kl. das Begehren um Leistung der actorischen Caution selbst als ein vollberechtigtes anerkannt, den verlangten Cautionsbetrag von 100 fl. depositiert, und wenn sie auch damit die Bitte verband, im Depositenbuche anzumerken, dass dieser Betrag ein Eigentum des C sei, schliesslich sich doch mit der Weglassung dieser depositenämtlichen Anmerkung mit dem Beisatze einverstanden erklärt hat, dass aus dieser Caution die der Gekl. erwachsenden Kosten bedeckt werden dürfen; dass zu den Kosten des mit der Klage de pr. 30. April 1888 eingeleiteten Rechtsstreits auch diejenigen gehören, die in diesem Streite mit dem Bescheide v. 24. Juni 1888 auf 32 fl. bemessen und der Kl. zum Ersatze binnen 14 Tagen auferlegt worden sind, daher die Gekl. auch berechtigt ist, für die Zahlung dieser Kosten den erwähnten Cautionsbetrag von 100 fl. heranzuziehen; dass die Kl., nachdem sie diese Gerichtskosten innerhalb der ihr hiezu anberaumten Frist nicht berichtigt hat, schuldig ist, der Gekl. nicht nur die gezetzlichen Verzugszinsen, sondern auch die zur zweckentsprechenden Einbringung dieses Betrags notwendigen Kosten zu ersetzen.

273.

Unzulässigkeit der gerichtlichen Expensenbestimmung gegen den Advocaten über Einschreiten des Clienten.

Vgl. oben Nr. 97.

(E. 30. April 1889, Z. 5119.)

Das Gesuch des A um gerichtliche Bestimmung der Gebüren seines Vertreters, des Advocaten Dr. B wurde dem Letzteren zur Aeusserung mit dem Bedeuten, dass im Falle unterbliebener Aeusserung mit der Kostenbestimmung vorgegangen werde, zugestellt, und diese Verfügung vom OLG. aufrechterhalten, weil der angef. Bescheid in dem Hfd. vom 4. Oct. 1833 (JGS. 2633) begründet erscheint, weil die im Recurse geltend gemachte Incompetenz nicht vorliegt, da der § 19 des Ges. vom 6. Juli 1868 (RGB. 96) die Partei wohl berechtigt, die gütliche Vermittlung durch den Ausschuss der Advocatenkammer anzusuchen, ihr jedoch keineswegs das Recht, die richterliche Adjustierung zu fordern, benimmt, und weil die weiteren thatsächlichen Angaben des Recurses nicht im Wege des Letzteren zur Geltung gebracht werden können.

Der OGH. wies das Gesuch des A ab. weil aus dem Begriffe einer Gebür im Allgemeinen folgt, dass die nach dem Hfd. vom 4. Oct. 1833 (JGS. 2633) vorzunehmende gerichtliche Bestimmung der Gebüren der Advocaten nur über Begehren derselben und nicht auch über jenes der Partei stattzufinden hat. weil auch nach § 19 der AdvO., im Gegensatze zu dem zweiten Absatze, nach welchem ausdrücklich sowohl der Advocat, als die Partei berechtigt ist, im Falle der Bestreitung der Richtigkeit und Höhe der Forderung des Advocaten den Ausschuss der Advocatenkammer um die gütliche Beilegung des Streits anzugehen, nach dem Abs. 3 bei der Erfolglosigkeit der angesuchten gütlichen Beilegung nur der Advocat die Richtigkeit und Höhe seiner Gebüren nachzuweisen hat; weil nur in dem letzteren Falle das Gericht zu einer Thätigkeit berufen ist, weil demnach die von der Partei selbst vorgelegten, übrigens von dem Advocaten nicht unterfertigten Rechnungen zu einer gesetzlichen Grundlage für die gerichtliche Bestimmung der Gebüren des Advocaten nicht geeignet sind, weil sich somit die von beiden Untergerichten verfügte Einleitung des Verfahrens zur Bestimmung der Gebüren des Advocaten auf Grundlage der von der Partei vorgelegten Rechnungen mit den bezogenen gesetzlichen Anordnungen nicht vereinbaren lässt, indem die Bestimmung der Höhe der Forderung auf nichtigen Grundlagen beruhen würde, weil daher nach Zulass des Hfd. vom 15. Feb. 1833 (JGS. 2593) und vom

11. Feb. 1840 (JGS. 408), unter Abänderung beider untergerichtlichen Entscheidungen das Gesuch der Partei um gerichtliche Bestimmung dieser Gebüren zurückzuweisen ist.

274.

1. Ergänzung der in der Klage enthaltenen Geschichtserzählung durch die Klagsbeilagen. — 2. Untheilbarkeit des Geständnisses.

(E. 31. Oct. 1888, Z. 7788.)

Der 1. R. wies die Klage zur Gänze ab. Gründe: Die Kl. verlangt von dem Bekl. Zahlung von 1800 fl auf Grundlage der Cession in a. Aber abgesehen davon, dass der Rechtstitel der kl. Forderung weder in der Klage angegeben ist, noch aus der Cession hervorgeht, welchem Mangel weder durch die Zeugenaussage des Cedenten, noch durch die Ausführungen der Replik abgeholfen werden kann; abgesehen davon, dass laut dieser Zeugenaussage der Cedent mit dem Bekl. in einer Geschäftsverbindung gestanden ist und dass die Forderung aus mehreren zu verschiedenen Zeiten in keinem Zusammenhange stehenden Geschäften herstammt, weshalb dem gegenwärtigen Rechtsstreite ein Rechnungsprocess vorangeschickt werden müsste; abgesehen davon, dass ein Theil jener Geschäfte noch im J. 1853 abgeschlossen wurde und der Betrag von 1800 fl. den Gesammtpreis der auf Anordnung und für Rechnung des Bekl. angeschafften Gegenstände bildet, weshalb die Forderung sich theilweise als verjährt und zum anderen Theile als unbestimmt und unklar herausstellt, weshalb die Klage schon deshalb gänzlich abgewiesen werden müsste, hat Kl. auch nicht einmal genügende Beweise zur Begründung ihrer Forderung beigebracht. In der That kann die, wenngleich beschworne Zeugenaussage des Cedenten sicherlich auch nicht einmal eine halbe Probe bilden, welche etwa durch den Erfüllungseid ergänzt werden könnte; denn da der Zeuge, welcher der Kl. die eingekl. Forderung abgetreten hatte, sich hiebei für deren Bestand und Einbringlichkeit verbürgte, wobei er die Kl. anwies, sich den einzucassierenden Betrag in der Rechnung gutzuschreiben, so ist der Zeuge als bei der Sache in erster Linie interessiert anzusehen; er ist überdies mit der Kl. in solidarischer Beziehung, bildet mit ihr sozusagen eine und dieselbe Person. Diese Aussage könnte also auch nicht den Haupteid ersetzen, dessen Ableistung in erster Linie dem Bekl. und erst im Zurückschiebungsfalle der Kl. obliegen würde. Noch weniger könne für die beigebrachten Briefe die Geltung von aussergerichtlichen Geständnissen beansprucht werden, da in denselben zwar der Umstand, dass der Bekl., welcher dieselben geschrieben, mit dem Cedenten in Geschäftsverbindung war und ihm einen nicht näher bezeichneten Betrag schuldete, angedeutet, dagegen aber ausgeschlossen ist, dass die Schuld den in der Klage angegebenen Betrag erreicht habe. Die vereinzelt stehende Aussage des Sohnes des Bekl. wäre von keinem gesetzlichen Wert, wenn auch angenommen wird, dass derselbe im Auftrage seines Vaters den Bestand der Forderung anerkannt habe, und unzulässig erscheint der in der Replik aufgetragene Haupteid, weil er Rechtsverhältnisse und keine Thatsachen betrifft. Da somit die erwähnten Beweismittel weder einzeln noch in ihrem Zusammenhange zur Erweisung des Bestands der kl. Forderung als genügend erscheinen, musste das Klagebegehren abgewiesen werden.

Das OLG. sprach der Kl. den Betrag von 300 fl. ohneweiters, die übrigen 1500 fl. unter der Bedingung zu, dass Bekl. nicht den Wert der von ihm der Kl. verkauften Equipage, wofür er kein Entgelt erhalten habe, auf 1500 fl. schätzungsweise beschwöre. Gründe: Es ist zweifellos, dass es im Sinne des § 3 aGO. der Kl., welche als Cessionärin die Erfüllung einer vom Bekl. einer dritten Person, nemlich dem Cedenten L gegenüber übernommenen Verbindlichkeit verlangt, obgelegen wäre, in der Klage nicht nur die Thatsache der erfolgten Uebertragung des Forderungsrechts, gleich als ob dieses ihr eigenes wäre, sondern auch jene, aus welcher der Dritte, L. sein Recht herleitet, darzulegen, da der Cessionär, welcher in das Recht des Cedenten eingetreten ist, das an ihn gelangte Recht in derselben Weise geltend machen muss, wie es der Cedent geltend zu machen gehalten gewesen wäre (§ 1394 bGb.). Kl. beruft sich nun in der Klage ausdrück-

lich auf das mit dem Cedenten L zum ewigen Gedächtnisse errichtete Zeugenverhörsprotokoll, in welchem die einzelnen Umstände angeführt sind, welchen zufolge L Gläubiger des in der Klage geltend gemachten Betrags von 1800 fl. geworden war. Durch ausdrückliche Berufung auf das erwähnte Protokoll, welches einen integrierenden Bestandtheil der Klage bildet, wurde nun jenem Mangel abgeholfen und das Klagefactum angegeben. Ferner kommt zu erwägen, dass die Briefe c, d eine Schuldanerkennung des Bekl. enthalten, weshalb vorliegenden Falles im Sinne des § 1396 bGb. der Schuldner gehalten ist, die Kl., als gutgläubige Cessionärin, als seine Gläubigerin zu befriedigen und weshalb die Letztere nicht gehalten ist, das genus actionis anzugeben. Die Hauptsache betreffend, versteht es sich von selbst, dass die Aussage des L noch keine halbe Probe bezüglich der von ihm bezeugten Thatsachen herzustellen vermag, da in juridischem Sinne Cedent und Cessionär als Eine Person betrachtet werden (§ 1394 bGb.), er ist ein verwerflicher Zeuge und in der Sache in hohem Grade interessiert, umsomehr, als es nemlich in der Cession heisst: „Ich hafte für deren Eintreibung; jedoch sind die Uebernehmer verhalten, den eingebrachten Betrag mir gutzuschreiben.“ Gleichfalls ungenügend zum Beweise der kl. Behauptungen ist der in der Replik aufgetragene Haupteid, weil derselbe geradezu über den Bestand oder Nichtbestand der Forderung aufgetragen, daher nach dem Hfd. v. 18. Febr. 1846, Z. 935, unzulässig ist. Einzig und allein aus dem Inhalte der Briefe (c und d) aus dem Jahre 1881, welche der Bekl. der Kl. als Antwort auf ihre Mahnung zur Zahlung der ihr abgetretenen Forderung von 1800 fl. schrieb, geht bewiesen hervor, dass der Bekl. sich im Jahre 1881 als Schuldner des L, bez. der Cessionärin, heutigen Kl., für den Betrag von 1800 fl. bekannte, von welcher Summe er jedoch den Abzug ihrer Gegenforderung des Kaufpreises für eine von ihm dem L verkaufte Equipage beanspruchte, für welche L das Entgelt nicht bezahlt habe. Wenngleich nun in den Briefen c, d der Rechtstitel (causa) der anerkannten Forderung per 1800 fl. nicht angegeben ist, so muss doch das der Kl. als Cessionärin gegenüber abgegebene Schuldanerkenntnis als vollwirksam betrachtet werden, weil, wenngleich keine Obligation, ohne einen Rechtstitel (causa) bestehen kann, es doch wahr ist, dass ein ernstlich gemeintes Eingeständnis, Demjenigen gegenüber abgelegt, welchem daranliegt, die Wahrheit zu erfahren, das Vorhandensein einer rechtlichen Grundlage der eingestandenen Verbindlichkeit vermuten lässt. Nachdem nun ein Geständnis nach Analogie des § 178 wGO. als untheilbar anzusehen ist, da das Gesetz daselbst vorschreibt, dass, „wer seinen Beweis lediglich auf das Geständnis des Gegentheils stützt, es ganz, das ist, wie es in der nemlichen Rede und über den nemlichen Gegenstand erfolgte, für wahr annehmen muss, daher nicht berechtigt ist, Umstände, die ihm günstig sind, anzunehmen und die ihm ungünstigen zu verwerfen“, so ist auch im vorliegenden Falle durch die vorgebrachten Briefe nicht nur der Bestand der Forderung der Kl., sondern auch die Gegenforderung der Bekl. als erwiesen zu erachten; keineswegs könnte man dafürhalten, dass das Eingeständnis des Bekl., dass er dem L eine Equipage verkauft und übergeben habe, auf eine fremdartige Thatsache hinausläuft und den Einwand als gerechtfertigt halten, dass Kl. nicht verpflichtet wäre, diese Thatsache ohne weitere Beweisführung von Seite des Bekl. als wahr anzunehmen, umsomehr, als L in dem Zeugenverhöre ausdrücklich angiebt, dass zwischen ihm und dem Bekl. eine Geschäftsverbindung stattgefunden habe. Kraft des erwähnten Eingeständnisses des Bekl. entfallen somit: die Einwendung der Häufung mehrerer Klagsgegenstände, da die kl. Forderung sich auf die geschehene Anerkennung gründet; die Einwendung, dass Kl. den Weg des Rechnungsprocesses betreten müsse; die Einwendung der Verjährung, welche zufolge § 1497 bGb. unterbrochen worden ist, da das Recht der Kl. mittelst der Briefe v. J. 1881 vor Ablauf der Verjährungszeit anerkannt worden ist. Da jedoch Kl. widerspricht, dass die dem Cedenten vom Gekl. verkaufte Equipage 1500 fl. wert sei, so musste zum Nachweise des Bestandes der Gegenforderung der Schätzungseid zugelassen und hievon theilweise die Entscheidung abhängig gemacht werden.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. aus nachfolgenden Gründen: Der Bekl. giebt zu, mit L in Geschäftsverbindung gestanden zu sein und der Brief des Bekl. v. 25. Jän. 1856 an L beweist unzweifelhaft, dass Ersterem gegen den zweiten Schuldner ein in jenem Briefe nicht genau bestimmter Betrag verblieb.

Dass der vom Bekl. dem L geschuldete Betrag auf 1800 fl. fixiert wurde und dass L diese Forderung der Kl. cediert habe, ist in gesetzlicher Weise durch die Cessionsurkunde a und die Erklärung des L im Protokolle v. 13. Oct. 1884 nachgewiesen. Aus dem Schreiben c, welches der Bekl. an die Kl. am 8. Mai 1881 richtete, geht überdies hervor, dass jene Forderungsabtretung dem Bekl. bekanntgegeben wurde und erhellt ausserdem, dass derselbe dagegen keinen Einwand erhoben, sondern sich darauf beschränkt hat, auf seine Gegenforderung hinzuweisen, deren Gegenstand der nicht näher angegebene Wert einer von ihm dem L verkauften und übergebenen Equipage bildet. Somit bleibt zwischen den Parteien festgestellt, dass die Forderung der Kl., welche in die Rechte des L eingetreten ist, sich auf 1800 fl. belaufe. Und auch in dem Briefe d gab Bekl. nur deutlich zu erkennen, er beanspruche, dass von seinem Schuldbetrage per 1800 fl. seine Forderung für die Equipage in Abzug gebracht werde; Thatsache ist, dass weder aussergerichtlich noch im Laufe des Rechtsstreits eine andere Gegenforderung geltend gemacht worden ist, mit Bedachtnahme, auf welche die von der Kl. begehrte Summe von 1800 fl eine weitere Reduction hatte erleiden müssen. Da somit das Anerkenntnis des in der Cessionsurkunde a bezeichneten Schuldbetrags des Bekl. gegen L, bez. die Kl. von seiner Seite festgestellt erscheint, so war es ganz gerechtfertigt, der Kl. diesen Betrag zuzusprechen, insofern vom Bekl. nicht der von ihm in der Einrede beantragte Beweis des Werts der die Gegenforderung bildenden Equipage geliefert würde, ein Wert, welcher von der kl. Forderung abzuziehen sein wird.

275.

Berücksichtigung des in der Replik aufgetragenen Haupteids trotz der Verweigerung der deshalb angesuchten Legungsbewilligung.

(E. 19. März 1889, Z. 13636 ex 1888.)

Gründe: . . . Der Kl. hat in der Replik der Bel. über die behaupteten factischen Grundlagen der Klage, sowie darüber, dass sie die (der Klage allegierte) Schuldurkunde geschrieben und unterschrieben habe, den irreferiblen Haupteid au getragen. Wenn nun die beiden unteren Instanzen diesen Beweis ohne nähere Motivierung lediglich mit Berufung auf die über das Legungsgesuch des Kl. ergangene abweisliche landesgerichtliche E., also deshalb, weil er erst in der Replik angeboten worden ist, ausgeschlossen haben, so ist dies gesetzlich nicht gerechtfertigt. Denn abgesehen auch davon, dass eine Streitpartei processrechtlich den Beweis über die Echtheit der von ihr benützten Urkunden zu anticipieren nicht verpflichtet ist, Kl. sonach zur Anbietung der Beweise über die bestrittene Echtheit der beiden Urkunden in der Replik berechtigt war, und sonach in dieser Beweisanbietung eine Neuerung im gesetzlichen Sinne des § 39 wGO. deshalb nicht gelegen ist, ist der Kl. nach der Res. v. 31. Oct. 1785 (JGS. 489) berechtigt, den Haupteid über die Geschichtsumstände der Klage auch in der Replik zu definieren. Dieses Recht steht ihm daher schon vermöge des Gesetzes zu, es kann ihm darum nicht benommen werden, und bedarf er zur Ausübung desselben auch keiner besonderen richterlichen Bewilligung.

276.

Eidesdelation an den Fiscus.

Vgl. Bd. II Nr. 110. 346; Bd. IV Nr. 374. 405; Bd. V Nr. 398.

(E. 4. April 1889, Z. 2748.)

Die A belangte das durch die Finanzprocuratur vertretene Steuerärar auf Eigentumsanerkennung und Entpfändung der bei ihrem Gatten wegen rückständiger Steuern gepfändeten Gegenstände, und erbot sich zum Beweise ihrer Klagsangaben durch Zeugen und den neg. ref. Haupteid unter Nominierung des Steuerinspectors H und Bezirkshauptmanns W als Eidesleister für das bel. Steuerärar. Der 1. R. machte die Entscheidung von dem der Kl. zurückgeschobenen Haupteide abhängig, und sagt nach Erörterung der Umstände, aus welchen die ange-

botenen Zeugenbeweise theils unzureichend, theils unzulässig waren, in seinen Gründen: .. Bei dieser Sachlage musste auf die Haupteide erkannt werden, welche die Kl. über die ihrem Eigentumserwerbe zugrunde liegenden Thatsachen der Gegenseite aufgetragen hat, und welche von der Finanzprocuratur zurückgeschoben worden sind. Wohl hat die Vertreterin des Steuerärars sowohl gegen die Auftragung des Haupteids, als auch gegen die Nominierung des H, Steuerinspectors oder des W Bezirkshauptmanns, als Eidesleister Protest erhoben, allein auf diesen Protest konnte keine Rücksicht genommen werden, denn es geht nicht an, einer Processpartei das letzte subsidiäre Beweismittel zu entziehen, weil der Gegentheil eine juristische Person und die als Eidesleister bezeichnete physische Person lediglich deren Functionär ist und momentan über das Eidesthema nicht hinreichend informiert sein dürfte. Die im vorliegenden Falle namhaft gemachten Personen sind in ihrer ämtlichen Eigenschaft berufen, die Interessen des gekl. Aerars zu wahren und zu vertreten, und mag es ihnen auch nicht möglich sein, ohne vorgängige Information sich über die Annahme oder Zurückschiebung der ihnen aufgetragenen Eide zu äussern, so befinden sie sich schon vermöge ihrer ämtlichen Stellung gleichwohl in der Lage, über jene Thatsachen, worüber die Haupteide aufgetragen wurden, zuverlässige Auskunft einzuholen. Und wenn dann der als Eidesleister Nominierte Bedenken hegt gegen die Annahme des Eides, dann ist es Sache des Delaten, den aufgetragenen Eid zurückzuschieben und so den Ausgang des Processes in das Gewissen des Gegners zu legen. Da nun im gegenwärtigen Falle die Finanzprocuratur die aufgetragenen Haupteide zurückgeschoben hat, so musste auf die Eide der Kl. als Relatin erkannt werden.

Das OLG. wies die Klage ab. Gründe: Die Kl. hat zum Beweise der von ihr behufs Darlegung des Eigentumserwerbs vorgebrachten Behauptungen: sie habe die als ihr Eigentum angesprochenen Gegenstände um ihr eigenes Geld gekauft, der gekl. Seite den subsidären Haupteid rückschiebbar aufgetragen und als Eidesleister den H, Steuerinspector und den Bezirkshauptmann W namhaft gemacht. Die Finanzprocuratur hat die Eide unter Protest gegen deren Zulässigkeit der Kl. zurückgeschoben und es hat auch der 1. R. auf die zurückgeschobenen Haupteide erkennend, die Entscheidung der Streitsache von der Ablegung derselben durch die Kl. abhängig gemacht. Die gegen die Zulassung dieses Beweismittels gerichtete Appellation der Finanzprocuratur muss als begründet anerkannt werden. Denn der Natur des Beweismittels des rückschiebbaren Haupteids entsprechend, muss bei der Eidesdelation vorausgesetzt werden, dass der Eidesleister in der Lage sich befindet, über die Richtigkeit der zu beschwörenden Thatsachen sich Kenntnis zu verschaffen, damit er sich frei entschliessen könne, ob er den Eid ablegen oder dem Deferenten zurückschieben wolle und nicht etwa genöthigt wäre, denselben ohne weiters und jederzeit zurückzuschieben, indem letzteres der Natur des Haupteides (§ 203 und 205 aGO.) widersprechen würde; denn wenn auch der Delat blos mit dem Beisatze „des Wissens und Erinnerns“ zu schwören hätte, so setzt dies doch, insbesondere bei einer gewissenhaften Person voraus, dass dieselbe von der fraglichen Angelegenheit irgend welche Kenntnis besitze, da sie anderenfalls nicht zu beschwören vermöchte, „wie sie es wisse und sich erinnere“. Nun liegt aber nicht vor, dass die vorliegend als Eidesleister benannten Personen, nämlich der Steuerinspector oder der Bezirkshauptmann, welche also durch ihren Eid den Process zu entscheiden, das Steuerärar durch ihr Verhalten zu verpflichten, in der Lage sind, von den hier maassgebenden Vorkommnissen, nemlich, dass die Kl. die fraglichen Gegenstände um ihr eigenes Geld gekauft habe, nach der Sachlage irgend eine Kenntnis besitzen und es kann ihnen auch nicht zugemutet werden, dass sie sich von der Richtigkeit derselben Ueberzeugung verschaffen, wozu übrigens auch vermöge ihrer amtlichen Stellung eine Verpflichtung nicht besteht. Schliesslich gilt hinsichtlich der Genannten die Bestimmung des § 207 aGO., dass denselben bei dem Umstande, als sie den Streit in Vertretung einer dritten, wenn auch juristischen Person führen, der Haupteid über fremde Handlungen nicht deferiert werden könne, abgesehen davon, dass der Finanzprocuratur der hiezu erforderliche administrative Consens abgeht. Es stellt sich somit aus diesen Erwägungen der Haupteid als ein unstatthaftes Beweismittel dar, weshalb die Kl., nachdem deren Ansprüche auch nicht auf anderem

Wege erweislich sind, über Appellation der Finanzprocuratur unter Abänderung des angef. U. mit dem Klagbegehren abgewiesen werden musste.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Das erstr. U. ist in der Zulassung der dem Steuerärar aufgetragenen und von der Finanzprocuratur zurückgeschobenen Haupteide durch die diesem U. beigefügte Begründung gerechtfertigt; weil im Processe von der Kl. jene physischen Personen namhaft gemacht wurden, welche die Haupteide für den belangten Fiscus abzulegen hatten; weil in den Wirkungskreis der hiezu bezeichneten öffentlichen Organe eben die Eintreibung jenes Steuerrückstandes fällt, wegen dessen die den Gegenstand bildenden Fahrnisse in Execution gezogen sind; weil demnach diese Beamten allerdings auch berufen erscheinen, zu untersuchen, ob die Eigentumsansprüche der Kl. auf Wahrheit beruhen und weil vom 1. R. nach den Acten zutreffend erörtert wurde, dass in dem vorliegendem Falle nach den unterwaltenden Verhältnissen die Möglichkeit der Erforschung der Wahrheit für diese betheiligten Amtsorgane nicht ausgeschlossen gewesen ist.

277.

Executionsfähigkeit des von dem Gemeindevorsteher nach § 39 der Dienstbotenordnung für Böhmen gefällten Erkenntnisses in Dienstbotenstreitigkeiten.

(E. 22. Jän. 1889, Z. 725.)

Die auf Grund der Entscheidung des Gemeindeamts der Dienstmagd A wider B erstrichterlich bewilligte Einverleibung des executiven Pfandrechts pto. ihrer Lohnforderung per 6 fl. 61 kr. wurde vom OLG. behoben, weil dieses Begehren sich mit der Bestimmung des § 298 aGO. nicht vereinbaren lässt und weil durch kein Gesetz bestimmt ist, dass auf Grund einer von dem Gemeindevorsteher gefällten Entscheidung nach § 39 der Dienstbotenordnung v. 7. April 1866 (LGB. f. Böhmen 11), gleichwie auf Grund eines richterlichen Urtheils oder Vergleichs die Execution bewilligt und vollzogen werden könnte.

Der OGH. restituierte die erstr. E., weil es sich vorliegend um ein vom Gemeindevorsteher innerhalb des ihm durch die Dienstbotenordnung v. 7. April 1866 übertragenen Wirkungskreises gefälltes Erkenntnis handelt, die Rechtskraft desselben ämtlich bestätigt ist, die Vollziehung desselben mittelst Realexecution nur den Gerichten zusteht und hiernach vorliegend der § 298 aGO. allerdings sinngemässe Anwendung findet.

278.

Unaufhaltbarkeit der gerichtlichen Execution zur Einbringung der Vermögensübertragungsgebür durch die Beschwerde gegen deren Bemessung.

(E. 4. Juni 1889, Z. 6402.)

Der OGH. restituierte den vom OLG. aufgehobenen erstr. Bescheid, mit welchem die Execution zur Einbringung der Vermögensübertragungsgebür ungeachtet der wider die Bemessung eingebrachten Beschwerde bewilligt wurde, weil es sich um die Einbringung einer Vermögensübertragungsgebür handelt und nach § 78 des Ges. v. 9. Febr. 1850 (RGB. 50) durch eine Beschwerde gegen die Bemessung einer solchen Gebür oder den Recurs gegen die Zurückweisung der Beschwerde die Einbringung der Gebür nicht gehemmt wird.

279.

Begriff der „zur persönlichen Ausübung der Beschäftigung erforderlichen Gegenstände“: Executionsfreiheit des zum Fleischtransporte verwendeten Pferdes und Wagens eines Fleischhauers?

(E. 29. Mai 1889, Z. 6284.)

Dem auf § 2, Abs. 5 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74) gestützten, vom 1. R. abgewiesenen Gesuche des Executen B, eines Fleischhauers, um Ausscheidung

des bei ihm gepfändeten, zum Fleischtransport verwendeten Pferdes und Wagens wurde vom OLG. stattgegeben, denn aus den Aussagen der Sachverständigen geht hervor, dass Execut zum Betriebe seines Fleischerhandwerks ein Pferd und einen Wagen haben muss, weshalb diese Gegenstände als Mittel zur persönlichen Ausübung seines Gewerbes angesehen werden müssen, und da sie als solche nach § 2, al. 5 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74), der Execution entzogen sind, aus dem Pfändungs- und Schätzungsprotokolle ausgeschieden werden müssen.

Der OGH. bestätigte die erstr. Abweisung, denn nach § 2, Z. 5 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74), sind bei Handwerkern nur die zur persönlichen Ausübung ihrer Beschäftigung erforderlichen Gegenstände von der Execution ausgenommen. Die tägliche Erfahrung, welche auch der Richter zu machen Gelegenheit hat, zeigt, dass zur persönlichen Ausübung des Fleischergewerbes, welches in dem Einkaufe des sogenannten Schlachtviehs, dessen Schlachten, Zerlegen des Fleisches in Stücke und Verarbeiten desselben besteht, ein Pferd und ein Wagen nicht erforderlich, bei der Mehrzahl der Fleischer auch nicht anzutreffen ist. Es geht dies aber auch aus dem Gutachten der Sachverständigen hervor, welche in dem vorliegenden Falle zu vernehmen der Richter sich veranlasst gesehen hat. Nach diesem Gutachten bedarf ein Fleischer in einem Dorfe nur behufs eines ausgebreiteten Absatzes des Fleisches in den umliegenden Ortschaften eines Fahrzeugs und lieben es Fleischer auf dem Lande, zum Verführen des Fleisches ein Fahrzeug zu unterhalten; allein es muss eben nicht ein Pferd sein, sondern kann hiezu auch ein Hund — selbstverständlich ein dem entsprechender Wagen — verwendet werden, und wenn der Fleischer einen tüchtigen Lehrling hat, so bedarf er zum Verführen des Fleisches ausser dem Hause weder eines Wagens noch eines Pferdes oder Hundes. Hienach erscheint die mit der o. g. E. erfolgte Abänderung des das Ausscheidungsgesuch des B abweisenden erstr. Bescheids in dem Geiste und der Absicht des vorbezogenen Gesetzes und in der Sachlage nicht begründet.

280.

Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung an den im Auslande (Ungarn) in Concurs geratenen Schuldner.

(E. 12. Juni 1889, Z. 7006. — GZ. 29.)

Dem Ansuchen des A um Auftrag an die B zur eidlichen Vermögensangabe gemäss § 3 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 35) wurde von dem 1. R. Folge gegeben, weil vom Gesuchsteller zwar nicht widersprochen wurde, dass über das Vermögen der B vom k. ungar. Gerichtshofe in K der Concurs eröffnet wurde, jedoch ein im Auslande eröffnetes Concursverfahren auf das im Inlande bereits anhängige Verfahren einen hemmenden Einfluss nicht üben kann.

Das OLG bestätigte den erstr. Bescheid aus dessen Gründen und in der weiteren Erwägung, dass die Frage, ob und inwieweit das allfällig von der Recurrentin namhaft gemachte Vermögen der Execution unterzogen werden darf, gegenwärtig nicht zu entscheiden ist.

Dem a. o. Revisionsrecurse der B gab der OGH. mangels der Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) keine Folge, weil infolge der Eröffnung des Concurses durch ein k. ungarisches Gericht nur die Anwendung der Bestimmung des § 61 CO. im Auge zu behalten ist; weil die von der ersten Instanz getroffene Verfügung keineswegs geeignet ist, die Anwendung der eben erwähnten Bestimmung zu behindern und weil sich übrigens der in Ungarn anhängige Concurs nicht auf das gesammte in Oesterreich befindliche Vermögen der Beschwerdeführerin zu erstrecken vermag.

281.

1. Execution zur Sicherstellung vor Zustellung des Contumazurtheils.* — 2. Bewilligung der Pfändung auf Waaren, deren Aufbewahrungsort erst beim Vollzuge angegeben werden soll.

* Vgl. Bd. I Nr. 92. 312. 410; Bd. II Nr. 341.

(E. 26. April 1889, Z. 4557.)

Auf Grund des den B zur Zahlung verurtheilenden, demselben jedoch noch nicht zugestellten Contumacialerkenntnisses begehrte Kl. A unter Hinweis auf

die §§ 4 u. 12 der Vdg. v. 18. Juli 1859 (RGB. 130) und § 259 aGO. und im Sinne der §§ 55 u. 56 Summar-Pat. die sicherstellungsweise Execution der dem B gehörigen Fahrnisse, insbesondere jener Waaren, welche B in einem beim Executionsvollzuge näher zu bezeichnenden Hause in x lagern hat, mit der Begründung, dass sich B seinen Gläubigern laut angeschlossenen Briefs für insolvent erklärt hat und durch die anstandslose, jeder Controle entbehrende Weiterführung des Geschäfts alle Gläubiger, insbesondere den A mit seiner namhaften Forderung gefährdet. Das erstr. bewilligte Gesuch wurde vom OLG. abgewiesen, weil das auf das Contumazurtheil gestützte Ansuchen des A im Gesetze eine Begründung nicht findet, nachdem dieses U. dem B erst am 29. Jän. 1889 zugestellt worden ist, das Executionsansuchen aber bereits vor diesem Zeitpunkte, nemlich am 26. Jän. 1889, wo also der Gekl. von seiner Verurtheilung noch keine Kenntnis hatte, bei Gericht überreicht wurde, bei dieser Sachlage aber im weiteren Hinblicke darauf, dass sich die diesem U. zugrunde liegende Klage überhaupt auf keine, geschweige denn auf eine vollen Glauben verdienende Urkunde gründet, das vorzeitige Ansuchen weder nach § 56, noch nach § 55 Summar-Pat. zulässig ist.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her. Gründe: Denn der Umstand, dass die Zahlungsfrist zur Zeit der Executionsbewilligung noch nicht verstrichen war, steht dem Begehren um Sicherstellung einer nicht bedeckten Geldforderung im Hinblicke auf die Bestimmungen der §§ 259 aGO., dann §§ 12, 4 und 5 der JMVdg. v. 18. Juli 1859 (RGB. 130) nicht entgegen, da der Kl. durch das dem Gesuche beigeschlossene Schreiben die Zahlungseinstellung bescheinigt hat. Es unterliegt ferner auch keinem Bedenken, die Pfändung auf solche Waaren zu bewilligen, welche der Gekl. an einem Orte lagern hat, welcher erst beim Vollzuge bezeichnet wird, da das zu pfändende Gut durch die Bezeichnung „Waaren“ ausreichend benannt ist und die Pfändung auch dann unter den im § 4 des Hfd. v. 29. Mai 1845 (JGS. 889) bestimmten Vorschriften vorzunehmen ist, wenn erst beim Vollzuge der Execution hervorkommt, dass sich Vermögensstücke des Executen bei einem Dritten befinden.

282.

Appellationsfrist in Handelssachen im Gebiete der wgGO.

(E. 29. Jän. 1889, Z. 1081.)

Das OLG. verwarf die in der schriftlich verhandelten Rechtssache der A wider die B'sche Concursmasse von der Ersteren eingebrachte Appellation, weil das angef. U. vom LG. als Handels- und Concursgericht gefällt wurde, demnach gegen dieses am 5. Oct. 1888 zugestellte U. gemäss § 583 wGO. die Appellation spätestens am 8. und nicht erst am 19. Oct. 1888 zu überreichen war, und sie, da diese Verspätung vom Gekl. in der Appellationseinrede gerügt worden war, schon vom Erstrichter hätte zurückgewiesen werden sollen.

Der OGH. verfügte die aufrechte Erledigung der Appellation, in der Erwägung, dass das 41. Capitel der wGO. die Beobachtung ihrer allgemeinen Vorschriften, soweit nicht im obigen Capitel etwas anderes geordnet wird, im § 576 vorschreibt, dass dieses Capitel durchwegs ausdrücklich zwischen Wechsel- und Handlungsstreitigkeiten unterscheidet, dass im § 583 blos über einen bei dem Wechselgerichte geschöpften Spruch die Frist zu den Beschwerden auf 3 Tage bestimmt ist, dass daher die am 14. Tage nach Zustellung des U. eingebrachte Appellation der Kl., als ein nicht von einem Wechselgerichte als solchem erflossenes U. betreffend, nach den allgemeinen Vorschriften der wGO. zu beurtheilen und daher als gemäss § 332 rechtzeitig überreicht anzusehen ist.

283.

Unzulässigkeit der Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens auf Grund eines in vidimierter Abschrift beigebrachten Wechsels.

(E. 22. Mai 1889, Z. 6009.)

Das vom 1. R. auf Grund eines in vidimierter Abschrift beigebrachten Wechsels eingeleitete wechselrechtliche Verfahren wurde vom OLG. aufgehoben,

weil gemäss der §§ 5 und 9 der JMVdg. vom 25. Jän. 1850 (RGB. 52) nur über eine mit dem Originalwechsel instruierte Klage ein Zahlungsbefehl erlassen oder das mündliche Verfahren nach Wechselrecht eingeleitet werden kann.

Die o. g. Verfügung wurde vom OGH. bestätigt, weil bei dem Umstande, als der Wechsel ein Inhaberpapier ist, derjenige, welcher aus einem solchen vor Gericht einen Anspruch erhebt, seine Inhaberschaft darzuthun, also den Originalwechsel dem Gerichte vorzulegen hat, wie dies die JMVdg. vom 25. Jän. 1850 (RGB. 52) im § 5 ausdrücklich und im § 9 dadurch fordert, dass dort nicht etwa von einem Mangel, d. i. Abgang von Behelfen, sondern von einem Mangel an den beigebrachten Behelfen die Rede, also offenbar auch im Falle des § 9 ebenso wie in jenem des § 5 die Beibringung des Originalwechsels in der Klage vorausgesetzt ist.

E. Strafrecht und Strafprocess.

284.

451. 1. Begriff des „Ausgebens" falscher Creditspapiere (StG. § 109). — 2. Strafe der versuchten Verleitung zur Theilnehmung an der Verfälschung öffentlicher Creditspapiere (§§ 9 und 109 StG.).

(E. 30. März 1889, Z. 381. — Vors.: Hofr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott; V.: Dr. H. Breitner.)

Gründe: Die NB. macht den Nichtigkeitsgrund des § 344/6 und jenen des § 344 10 a StPO. auf Grund der Behauptung geltend, dass die den Geschwornen bezüglich des Angekl. B vorgelegte und von ihnen bejahte Hauptfrage, insofern nicht alle gesetzlichen Merkmale des Verbrechens der versuchten Verleitung zum Verbrechen der Theilnehmung an der Nachmachung der als Münze geltenden öffentlichen Creditspapiere nach §§ 9, 109 StG., dessen der Angekl. schuldig erkannt wurde, enthalte, als in der Frage: a) weder das gesetzliche Delictsmerkmal, dass die Beschaffung der Falsificate „im Einverständnisse mit den Nachmachern, Mitschuldigen oder mit anderen Theilnehmern" erfolgen sollte, noch b) die gesetzlichen Worte „ausgegeben hat" enthalten, vielmehr letztere durch jene „Ausfolgung derselben an ihn" (den Angekl. B) ersetzt worden seien. Ad a) Durch den Wahrspruch der Geschwornen wurde festgestellt, dass der Angekl. B „im Frühjahre und Sommer 1888 den damals zu Rorschach in der Schweiz befindlichen P brieflich und mündlich zur Auskundschaftung der Fälscher und der näheren Umstände, unter welchen falsches österreichisches Papiergeld zu erhalten sei, sowie zum Bezuge solchen falschen Geldes bei Fälschern und sohiniger Ausfolgung desselben an ihn zu verleiten versucht hat." Nach § 109 StG. macht sich des Verbrechens der Theilnehmung an dem Verbrechen der Nachmachung öffentliche Creditspapiere derjenige schuldig, welcher im Einverständnisse mit dem Nachmacher, Mitschuldigen oder mit anderen Theilnehmern nachgemachte öffentlicher Creditpapiere ausgegeben hat, mag nun dieses Einverständnis vor, während oder nach der Nachmachung getroffen worden sein. Dass das gesetzliche Erfordernis „des Einverständnisses mit den Fälschern" in dem obcitierten Wahrspruche der Geschwornen enthalten ist, steht ausser Zweifel, wenn erwogen wird, dass durch denselben festgestellt ist, dass der Angekl. den P zum Bezuge falschen Geldes bei Fälschern zu verleiten versucht hat und dass es selbstverständlich ist, dass der Bezug bei Fälschern nur mit deren Einverständnisse stattfinden kann.

Ad b) Wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, dass die Uebergabe von Seite eines Fälschers oder Theilnehmers an eine andere noch innerhalb des verbrecherischen Complots stehende Person noch nicht dem gesetzlichen Begriffe des „Ausgebens" von Falschgeld (§ 109 StG.) entspricht, dass damit vielmehr das „in Verkehr setzen", also die Uebergabe der Falsificate an einen unbetheiligten Dritten gemeint sei — und wenn auch richtig ist, dass in der Frage die gesetzlichen Worte „ausgegeben hat" nicht enthalten, vielmehr durch „Ausfolgung derselben an ihn (B)" ersetzt worden seien, so unterliegt es doch anderseits keinem Zweifel, dass eine unbefangene Prüfung des Sinnes der den Geschwornen vorgelegten Frage mit Rücksicht auf die Anklage und den ganzen

Gang der Verhandlung ergiebt, dass die „Ausfolgung" der Falsificate, zu der B den P zu bereden versuchte, zu dem Zwecke hätte geschehen sollen, damit B diese Falsificate in Verkehr setze, also ausgebe. Denn es ist nicht einzusehen und ist in dem Wahrspruche der Geschwornen nicht festgestellt, zu welchem anderen Zwecke B die Falsificate verwenden wollte. Es erscheint also die vom Gerichtshofe zur Anwendung gebrachte Gesetzesstelle dem durch den Wahrspruch festgestellten Thatbestande entsprechend und stellen sich daher die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe des § 344, Z. 6 und 10a als unbegründet dar. Da hinsichtlich dieser Nichtigkeitsgründe dargethan wurde, dass durch den Wahrspruch der Geschwornen der Thatbestand des Verbrechens nach §§ 9 u. 109 StG. festgestellt ist, entfällt die Notwendigkeit, sich mit dem weiteren, in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachten Nichtigkeitsgrunde des § 344, Z. 11 StPO., welcher sich darauf stützt, dass die dem Angekl. zur Last gelegte That vielleicht eine andere strafbare Handlung begründen könnte, zu beschäftigen.

Endlich wird der Nichtigkeitsgrund des § 344, Z. 11 und 12 (richtig nur 12) StPO. in der Erwägung geltend gemacht, dass nach Anschauung des Nichtigkeitswerbers auf den vorliegenden Thatbestand, welcher versuchte Verleitung zum Verbrechen der Theilnehmung an der Verfälschung öffentlicher, als Münze geltender Creditspapiere darstellt, die im § 110 StG. auf Versuch der Fälschung gesetzte Strafe, nicht aber die strengere Sanction des § 109 StG., welche die Strafe für die Theilnehmung an diesem Verbrechen, ohne Unterscheidung zwischen vollbrachtem Verbrechen und Versuch, enthält, anzuwenden war. Diese Anschauung der NB. ist unbegründet. Der § 8 StG. enthält die allgemeine Regel, dass überall dort, wo das Gesetz keine Ausnahme anordnet, die für das vollbrachte Verbrechen gegebene Strafbestimmung auch auf den Versuch anzuwenden sei, und § 9 StG. droht auf versuchte Verleitung zu einem Verbrechen jene Strafe an, die auf den Versuch des Verbrechens zu verhängen wäre. Nun enthält aber weder § 109, noch § 110 StG., noch überhaupt das XI. Hauptstück des Strafgesetzes eine besondere Strafe für den Versuch der Theilnehmung an der Verfälschung öffentlicher, als Münze geltender Creditspapiere; denn § 109 StG. welcher die Strafe für die Theilnehmer bestimmt, enthält keine besondere Sanction für den Versuch, und § 110 StG., der allerdings eine Strafe für den Versuch normiert, bezieht sich nur auf die Fälscher und jene, welche zur Nachmachung mitgewirkt haben. Es kann demnach nur die auf das vollbrachte Verbrechen der Theilnehmung im § 109 StG. angedrohte Strafe auf Versuch dieses Verbrechens, bez. auf die versuchte Verleitung zu demselben, zur Anwendung gelangen [1]

285.

452. Der Zwangsvollstreckung Vereitlung des Anspruchs auf Herausgabe einer Liegenschaft.

(**Cass.**-E. 1. April 1889, Z. 13283. — Vors.: SP. Rakwicz; GP.: GA. v. Siegler)

Durch Spruch des Civilrichters waren die Eheleute S verpflichtet worden, eine in ihrem Besitze befindliche Liegenschaft dem B zu übergeben. Dem suchten sie durch Verkauf der Liegenschaft an T vorzubeugen. Deshalb des im Ges. vom

---

[1] Einen Beleg für die Richtigkeit dieser in der Rechtsprechung des Cassationshofs (s. die E. v. 19. Febr. 1883, Z. 12988, und 21. Mai 1883, Z. 3763) bereits wiederholt zur Geltung gelangten Auffassung, erblickte der GA. auch in den Parallelbestimmungen der §§ 115 und 116 StG., welchen gemäss derjenige, der sich des Versuchs der Abänderung öffentlicher Creditspapiere schuldig macht, mit schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren zu bestrafen ist, während der Theilnehmer, ohne dass eine selbständige Versuchsstrafe für denselben aufgestellt wäre, dem Strafsatze des schweren Kerpers von fünf bis zu zehn Jahren unterliegt. Der GA. hält dafür, dass der legislative Grund für diese Bestimmungen darin liegen dürfte, dass in der Regel das Einverständnis des Theilnehmers mit dem Fälscher zu einer Zeit eintritt, in welcher die Falsificate zur Verbreitung bereits fertiggestellt sind, so dass also der vom Theilnehmer unternommene Versuch, die Falsificate auszugeben, die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs in weit höherem Grade gefährdet, als der Versuch der Fälschung. Von der Thätigkeit des Fälschers, solange sie das Versuchsstadium nicht überschritt, sei es nicht selten fraglich, ob sie überhaupt jemals zu der von ihm beabsichtigten Erzeugung von zur Verbreitung geeigneten Falsificaten führen werde. Die Strafe den Umständen des concreten Falls anzupassen, werde übrigens durch entsprechende Anwendung der richterlichen Strafbefugnis ermöglicht (§ 32 StG.).

25. Mai 1883 (RGB. 78) vorgesehenen Vergehens angeklagt, wurden S freigesprochen. Der hiegegen angebrachten NB. der StA. hat der Cassationshof stattgegeben. Gründe: Die NB. der StA. wird auf den Nichtigkeitsgrund des § 281/9a StPO. gestützt und mit der Behauptung ausgeführt, es beruhe das Freisprechungsmotiv, nemlich, „dass von dem Delicte des § 1 des Ges. vom 25. Mai 1883 (RGB. 78) nur in den Fällen die Rede sein könne, wo es sich um Befriedigung von Gläubigern handelt, welche eine Geldforderung hereinzubringen haben, nicht aber, wenn es sich, wie hier, um die gerichtliche Uebergabe einer unbeweglichen Sache handelt,“ auf einer offenbar irrigen Rechtsansicht. Die NB. ist auch wirklich gerechtfertigt; denn die ausgesprochene Tendenz der Strafnorm vom 25. Mai 1883 ist, den Gläubigern insgesammt Schutz zu gewähren gegen unerlaubte Vorgänge und Handlungen, wodurch schwebende Zwangsvellstreckungen vereitelt oder aufgehalten werden wollten. Das Gesetz verleiht diesen Schutz allen Gläubigern, ohne zu unterscheiden, ob der Gegenstand ihrer zu realisierenden Forderung in einer Leistung von beweglichen oder unbeweglichen Sachen besteht. Wird ein solcher Unterschied schon im Gesetze nicht gemacht, so erscheint die vom Erkenntnisrichter erklärte Ausschliessung einer ganzen Classe von Gläubigern, nemlich jener, welche dingliche Ansprüche im Vermögen des Schuldners zu realisieren haben, umsomehr gesetzwidrig, als die letzterwähnte Classe von Gläubigern des gesetzlichen Schutzes gegen schuldhafte Executionsvereitlungen in ganz gleichem Maasse bedürftig ist.

Hienach müsste in der Sache wohl eine abweichende Entscheidung gefällt werden, wenn die anderen, nach § 1 des Ges. v. 25. Mai 1883 relevanten Thatsachen festgestellt vorliegen würden, was aber nicht der Fall ist, da die Umstände, ob durch die seitens der Angekl. in's Werk gesetzten Vereitlungsacte dem Privatbetheiligten ein Schade von mehr als 50 fl. zugegangen ist und ob T zur Zeit des Ankaufs des hier in Rede stehenden Executionsobjects von dem Inhalte des in der bezüglichen Rechtssache des B ergangenen U. Kenntnis hatte, in dem angef. U. nicht zum Ausdrucke gebracht erscheinen, Diesemnach war der NB. der StA. im Grunde des § 288, Z. 3 StPO. stattzugeben, das angef. U. zu vernichten und die Anklagesache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung vor denselben Gerichtshof zu verweisen.

286.

454. Verantwortlichkeit der Mitthäter an einer schweren Körperverletzung.

(E. 1. März. 1889, Z. 14784. — Vors. Hofr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: .... Nach den Feststellungen des Gerichtshofs hat Johann C am Abend des 12. Febr. 1888 den Jagdaufseher Peter C, somit einen öffentlichen Beamten, wegen der Ausübung seines Berufs in verabredeter Verbindung mit Anderen (und zwar mit zwei Genossen) und in tückischer Weise angegriffen, so dass C acht mit Rebmessern (ronca) zugefügte Verletzungen erlitt, welche (jede an sich leicht) in ihrer Gesammtheit eine schwere Verletzung und eine mehr als dreissigtägige Berufsunfähigkeit des Verletzten zur Folge hatten. Als erwiesen wurde angenommen, C habe mit der Absicht gehandelt, einen der im § 152 StG. vorgesehenen schweren Erfolge herbeizuführen; und mit Beziehung auf die Aussage des Verletzten wurde festgestellt, dass C demselben persönlich mindestens zwei Wunden, eine im Gesichte, die andere am Kopfe zugefügt habe. Die beiden anderen Angreifer blieben unbekannt. Auf Grund dieser Feststellungen hat der GH. den Angekl. C des Verbrechens der schweren körperlichen Beschädigung nach den §§ 152, 153, 155 a, b und d StG. schuldig erkannt. Zur Widerlegung der schon vom Vertheidiger vertretenen Ansicht, dass im vorliegenden Falle der § 157 StG zur Anwendung zu gelangen habe, macht das Urtheil geltend, diese Gesetzesstelle spreche von einer zwischen mehreren Leuten entstandenen Schlägerei, jedoch ohne vorhergegangene Verabredung und ohne tückische Begehungsweise, in welchem letzteren, hier vorliegenden Falle jeder der Angreifer nach § 155d StG. für alle Folgen haftet; ferner beziehe sich § 157 StG. auf eine schwere körperliche Beschädigung, hervorgerufen durch das Zusammenwirken der von mehreren Angreifern zugefügten Verletzungen, ohne dass es möglich

gewesen wäre, einen einzigen von ihnen, wie hier den Angekl. C, der Absicht zu überweisen, einen der schweren Erfolge des § 152 StG. herbeizuführen, welcher letztere Fall vom § 155 StG. vorgesehen ist. Diese Erwägungen werden von der NB. unter dem Gesichtspunkte des § 281, Z. 10 StPO. bekämpft. Die NB. behauptet die Anwendbarkeit des § 157 StG. auf den gegebenen Fall und führt im Wesentlichen aus, die Bestimmung des § 157 StG. sei, ohne weiteren Unterschied, überall dort anwendbar, wo bei einer von mehreren gegen eine Person unternommenen Misshandlung die schwere körperliche Beschädigung des Verletzten nur aus dem Zusammenwirken aller Verletzungen sich ergab, daher keiner der Angreifer für sich allein eine schwere Verletzung zugefügt hat; das Gesetz gestatte nicht, wie es im Urtheile geschieht, den Fall einer vorhergegangenen Verabredung, oder der Absicht eines der Thäter, körperlich schwer zu beschädigen, davon auszunehmen, vielmehr setze § 157 StG., welcher einer von mehreren unternommenen Misshandlung erwähnt, die vorhergegangene Verabredung der Thäter als regelmässig voraus. Diese NB. erscheint unbegründet.

Zunächst ist es unrichtig, wenn sich die NB. gegen die Anwendbarkeit des § 155 StG. auf den vorliegenden Fall wendet. Hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Angeklagte dem Verletzten mindestens zwei Wunden, diese aber mit der Absicht zugefügt hat, einen der schweren Erfolge des § 152 StG. herbeizuführen, so erleidet die Anwendbarkeit des § 155 StG. nicht den mindesten Zweifel; denn dieselbe kann doch dadurch nicht ausgeschlossen werden, dass neben dem Angekl. auch noch andere Personen zum Schaden des Verletzten thätig waren. Aber selbst die Richtigkeit der Ausführungen der NB. angenommen, und abgesehen von der schon nachgewiesenen Anwendbarkeit der strengeren Strafe des § 155 StG. so wäre im vorliegenden Falle nicht § 157. sondern § 154 StG. betreffs der Strafe anwendbar, indem der Gerichtshof festgestellt hat, dass der Angekl. den Jagdaufseher C mit Rücksicht auf seine dienstlichen Obliegenheiten als Jagdaufseher verwundet hat (§ 153 StG.). Aber die Strafbestimmung des § 157 StG. passt überhaupt nicht auf den vorliegenden Fall; es wurde vom Gerichtshofe vielmehr mit Recht jene des § 155 auch mit Rücksicht auf lit. d dieses Paragraphen zur Anwendung gebracht.

Vergleicht man die Bestimmung des § 155 d StG. mit jener des § 157 StG., so erweist sich die erstere als die strengere. Es ist also schon nach allgemeinen Interpretationsregeln (§ 34 StG.) zunächst zu untersuchen, ob § 155 d StG. auf den zu prüfenden Thatbestand Anwendung finde; erst wenn dies nicht der Fall ist, kann § 157 StG. in Frage kommen. Beiden Gesetzesstellen gemeinsam ist die Betheiligung mehrerer an einer schweren körperlichen Beschädigung; § 155 d StG. unterwirft strengerer Strafe den Angriff, der „in verabredeter Verbindung mit anderen" geschah, wenn „daraus eine der in § 152 StG. vorgesehenen Folgen entstanden ist". Das Gesetz trifft also mit grösserer Strenge die verabredete Verbindung mehrerer zum Verbrechen, und die daraus für den Angegriffenen entstehende grössere Gefahr, ähnlich wie beim Diebstahl (§ 174 II b StG.), beim Raube (192 StG.) und bei anderen Delicten. Es fordert aber eben vorhergehende Verabredung und gemeinsame Ausführung des Delicts, also einerseits (an sich betrachtet) jene Form der Mitschuld, die sich in der vorhergehenden Verabredung (dem Complote) äussert (eine etwa nach schon begonnenem Angriffe dem Thäter, ohne vorherige Verabredung mit demselben, geleistete Beihilfe würde zur Darstellung des Thatbestands nicht genügen), anderseits das Zusammenwirken der Complotanten in der Ausführungshandlung des Delictes (verabredete Mitthäterschaft; die Ausführung des von mehreren verabredeten Angriffs durch einen einzigen Thäter würde nicht ausreichen). Damit ist aber im Sinne des § 5 StG. die Haftung jedes Mitthäters für alle aus der gemeinsamen That entstandenen Folgen, mögen dieselben von einem oder dem der anderen Mitthäter herrühren, verbunden; jeder von ihnen ist für alle dem Angegriffenen mit feindseliger Absicht, in verabredetem Angriffe, zugefügten Körperverletzungen verantwortlich. Diese aus allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes sich ergebenden Folgerungen finden im § 155 d StG. positiven Ausdruck dadurch, dass diese Gesetzesstelle den höheren Strafsatz dort eintreten lässt, wo aus dem Angriffe („daraus" sagt das Gesetz) eine schwere Verletzung von der im § 152 StG. vorgesehenen Art entstanden ist, ohne dass zwischen der Thätigkeit der einzelnen Genossen unterschieden

würde. Keine Stütze findet demnach im Gesetze die in der NB. vertretene Ansicht, wornach § 155 d StG. nur für jenen der Angreifer anwendbar wäre, der persönlich eine schwere Verletzung zugefügt hat. Bei solcher Interpretation würde der Mitthäter, der als solcher doch Mitschuldiger im Sinne des § 5 StG. ist, günstiger behandelt werden als ein Mitschuldiger, welcher, ohne bei Ausführung der That mitzuwirken, zu einem nach § 155 d StG. strafbaren Angriffe physische oder intellectuelle Beihilfe (insbesondere auch durch Verabredung mit den Verbrechensgenossen) geleistet hat. Ein Mitschuldiger der letzteren Art wäre zweifellos nach §§ 5 und 155 d StG. zu strafen; hätte er aber ausserdem bei Ausführung der That mitgewirkt, so wäre er nach der hier bekämpften Ansicht, trotz der vorhergegangenen Verabredung, nur dann nach § 155 d StG. zu strafen, wenn ihm individuell die Zufügung einer schweren Körperverletzung nachgewiesen werden könnte. Und ebensowenig lässt sich behaupten, dass § 155 d StG. nur auf jene Mitschuldigen bez. Mitthäter passe, die sich verabredet haben, den Angegriffenen schwer zu verletzen; denn auch gegen diese Anschauung spricht § 155 d StG., welcher nur den objectiven Erfolg im Sinne des § 152 StG. zum Thatbestandserfordernisse erhebt und nur die zum Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung überhaupt notwendige „feindselige Absicht“ erfordert, keineswegs aber (wie § 155 StG.) die Absicht der Angreifer, körperlich schwer zu verletzen.

Mit Recht hat also der Gerichtshof, indem er festzustellen in der Lage war, dass der Angekl. C in verabredeter Verbindung mit zwei anderen Verbrechensgenossen gehandelt hat, auf denselben den § 155 d StG. zur Anwendung gebracht und ihn für den verbrecherischen Gesammterfolg verantwortlich gemacht.

§ 157 StG. kann nach dem Gesagten nur dort zur Anwendung kommen, wo eine von mehreren Personen — jedoch ohne dass sie durch Umstände, welche Mitschuld begründen, untereinander verbunden wären — gegen einen Dritten unternommene Misshandlung vorliegt. — Nicht, wie die NB. meint, eine Ausnahme von den allgemeinen Normen über Mitschuld und am wenigsten eine solche von jenen des § 155 d StG., welche ja gleich der, dem § 143 (früher 126) StG. nachgebildeten Bestimmung des § 157 StG. erst durch das Strafgesetz von 1852 geschaffen wurde, strebt sonach die Bestimmung des § 157 StG. an, vielmehr eine Erweiterung der Strafbarkeit für Fälle von Schlägereien und Misshandlungen, in denen die häufig hervortretende Schwierigkeit der Beweiserbringung das Gesetz zur Aufstellung einer Strafnorm gegen jeden der am Raufhandel durch Handanlegung Betheiligten bestimmte. Dass der Angriff seitens des Angekl. tückischer Weise geschah, ist in den Urtheilsgründen ausdrücklich festgestellt. Die Thatsache, dass dieses Umstandes (der übrigens wegen Eintritts der anderen Alternative des § 155 bStG. für den anzuwendenden Strafsatz bedeutungslos bleibt) im Urtheilsdispositivum nicht erwähnt wird, kann doch dem Angekl. keinen Grund zur Beschwerde bieten. Auch für die Anwendbarkeit des § 155 bStG. (dreissigtätige Dauer der Berufsunfähigkeit des Verletzten) ist die Erwägung maassgebend, dass der Angelkl., wie gezeigt, den Gesammterfolg des Angriffs als Mitschuldiger und Mitthäter mit verantwortet.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

35. Anfechtung des realisierten Vollstreckungspfandrechts.

Auch nach den im Plen.-U. v. 6. Dec. 1883, vgl. Entscheidungen Bd. X S. 33 (Geller Justizges. IV, 675 § 5[10]), entwickelten Rechtssätzen kann der Umstand, dass das Vollstreckungspfandrecht bereits vor Eröffnung des Verfahrens realisiert worden ist, die Anwendung des § 23, Z. 2 (= Oesterr. AG. § 5) nicht ausschliessen. Der Gläubiger hat auf die im Executionswege erfolgte Sicherung keinen Anspruch und ebensowenig ist der Vollstreckungstitel, auf Grund dessen die Pfändung bewirkt worden ist, ein Anspruch im Sinne des Gesetzes. Ist aber die Pfändung anfechtbar aus Z. 2, so kann es nicht für gerechtfertigt erachtet

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.

werden, die Realisierung des Pfandrechts und damit die Befriedigung des Gläubigers der Anfechtung aus Z. 2 zu entziehen; denn wenn der Gläubiger keinen Anspruch auf die Pfändung selbst hat, so kann ihm auch kein Anspruch auf die Vollstreckungshandlungen zustehen, welche lediglich zur Realisierung jener Pfändung erfolgen. Bei der entgegengesetzten Ansicht könnte auch die Zahlung, welche aus einer nach Z. 2 anfechtbaren freiwilligen Pfandbestellung vor Eröffnung des Verfahrens erlangt ist, nur noch aus Z. 1 (= Oesterr. AG. § 6) angefochten werden und würde die Zahlung der Anfechtung aus § 23 überhaupt nicht unterliegen, wenn die in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgte Pfandbestellung vor Ablauf dieser 10 Tage realisiert sein sollte (U. III. CS. v. 21. Mai 1889, Nr. 89).

36. Kenntnis der Zahlungseinstellung: Erheblichkeit des subjectiven Moments.

Das BG. hält (im Falle des § 23 RCO. = Oesterr. AG. §§ 5 und 6) für unerheblich, ob der Bekl. die ihm bekannten Umstände als Zahlungseinstellung erkannt oder ob er sich über die Zahlungseinstellung im Irrtum befunden hat; es soll nur darauf ankommen, ob die dem Bekl. bekannten Umstände nach der richterlichen Würdigung objectiv zur Annahme einer Zahlungseinstellung ausreichend sind und, wenn dies der Fall ist, die subjective Beurtheilung der Umstände durch den Bekl. bedeutungslos sei. Es hat daher nur gewürdigt, ob schon aus den dem Bekl. bekannten Umständen mit Sicherheit auf eine Zahlungseinstellung zu schliessen ist und bei Bejahung dieser Frage das Vorbringen des Bekl. unbeachtet gelassen. Diese Ansicht, welche die Kenntnis der Thatsachen, aus welchen das Gericht eine Zahlungseinstellung schliesst, der Kenntnis der Zahlungseinstellung selbst gleichstellt, ist von der Revision mit Recht als rechtsirrtümlich bezeichnet. Das Gesetz fordert für Z. 1 des § 23 (= Oesterr AG. § 6) Kenntnis der Zahlungseinstellung und lässt für Z. 2 (= Oesterr. AG. § 5) dem Bekl. den Beweis frei, dass ihm die Zahlungseinstellung zur Zeit der fraglichen Handlung nicht bekannt war. Hienach ist die Kenntnis der Zahlungseinstellung als solcher maassgebend und wenn auch diese Kenntnis vermittelt wird durch bestimmte Thatsachen, so sind letztere doch vielfach, zumal bei Zahlungseinstellungen von Nichtkaufleuten, einer sehr verschiedenen Beurtheilung fähig, so dass, wie die Erfahrung lehrt, dieselben Umstände vom ersten Gerichte für ausreichend, vom BG. für nicht ausreichend zur Annahme einer Zahlungseinstellung erachtet werden und umgekehrt. Dass die Klagen aus § 23 keine Delictsklagen sind, worauf das BG. Gewicht legt, ist für die Beurtheilung des Merkmals der Kenntnis der Zahlungseinstellung ohne Bedeutung; es handelt sich um die Kenntnis, bezw. Nichtkenntnis des Gläubigers von dem Umstande, dass eine allgemeine durch dauernde Zahlungsunfähigkeit veranlasste Einstellung der Zahlungen stattgefunden hat und wenn der Gläubiger eine solche Lage des Gemeinschuldners nicht erkannt hat, so ist die Anfechtung aus Z. 1 ausgeschlossen und die Anfechtung aus Z. 2 wirkungslos, wenn ausserdem noch vorliegt, dass der Gläubiger von einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners keine Kenntnis gehabt hat. Der Richter wird vielfach in der Lage sein, aus den dem Gläubiger bekannten Thatsachen zu schliessen, dass derselbe auch Kenntnis von der Zahlungseinstellung selbst gehabt hat; er ist aber nicht berechtigt, die Kenntnis der Thatsachen, aus welchen nach seiner Ansicht auf Zahlungseinstellung zu schliessen ist, ohne weiteres der Kenntnis der Zahlungseinstellung selbst gleichzustellen und die subjective Meinung des Gläubigers als unerheblich zurückzuweisen (U. III. CS. v. 21. Mai 1889, Nr. 89).

37. Tragweite der Vermutung für die Zugehörigkeit der Geschäfte eines Kaufmanns zu dessen Handelsgewerbe.

Nach Art. 274, Abs. 1 des Hgb. sind die von einem Kaufmann geschlossenen, Verträge im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig anzusehen. Es spricht also die Vermutung für die Zugehörigkeit der fraglichen Verträge zum Handelsgewerbe. Diese Vermutung ergreift alle Verträge eines Kaufmanns,

die ihrer Natur nach Handelsgeschäfte und darum zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig sein können. Diese Möglichkeit soll als Wirklichkeit gelten, wenn die Wirklichkeit zweifelhaft ist. Die Vermutung ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein Vertrag vorliegt, wie er im Betriebe des Handelsgewerbes ungewöhnlich ist und nur vereinzelt vorkommt. Sie wird vielmehr erst beseitigt, wenn sich zweifellos ergiebt, dass der Vertrag seiner Natur oder seinem Gegenstande nach kein Handelsgeschäft ist oder nicht zum Handelsgewerbe gehört (U. IV. CS. v. 23. Mai 1889, Nr. 58).

38. Voraussetzung für die Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung: Anzeige an den säumigen Contrahenten.

Nach Art. 356 hatte der Käufer im vorliegenden Falle, wenn er auf Grund der Bestimmung des Art. 355 statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern wollte, die Pflicht, dies dem Verkäufer anzuzeigen, wobei dem Letzteren, wenn die Natur des Geschäfts dies zuliess, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten zu gewähren war. Diese Anzeige ist eine thatsächliche Voraussetzung, an welche das Recht des einen Contrahenten, Schadensersatz statt der Erfüllung von dem anderen Contrahenten zu verlangen, geknüpft ist. Bis zu der fraglichen Anzeige hatte der Verkäufer noch das Recht, zu erfüllen und durch die Erfüllung die Eventualität abzuwenden, dass der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz begehren könne. Das Gesetz will, dass dem säumigen Verkäufer Gewissheit über die möglichen Folgen seines Verzugs, insbesondere darüber verschafft werde, ob er sich nun noch auf die Erfüllung einzurichten oder lediglich eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung zu gewärtigen habe. So lange der Säumige nicht diese Gewissheit durch Ausübung des Wahlrechts des anderen Contrahenten erlangt hat, ist er berechtigt, die Folgen seines Verzugs durch nachträgliche Erfüllung wieder zu beseitigen. Vgl. E. des ROHG. Bd. 13, S. 99, Bd. 10, S. 145; von Hahn (2. Aufl.) II, S. 367; Makower zu Art. 356, Note 40a (U. II. CS. v. 24. Mai 1889, Nr. 85).

Fragen und Antworten.

9. Anwendbarkeit der Bestimmungen des 6. Titels des Hgb. über Handlungsgehilfen auf Handlungsbevollmächtigte (Reisende)?

A wird von dem Kaufmann B als Reisender aufgenommen. B entlässt ihn eines Tags ohne vorherige Kündigung; A macht das Kündigungsrecht des Handlungsgehilfen geltend. Ist dieser Anspruch gegründet?

Eger, 3. Juli 1889. Dr. Z.

Die Frage hängt, da der Reisende als Handlungsbevollmächtigter gilt (Art. 49 Hgb.), mit der allgemeineren zusammen, ob die Bestimmungen des 6. Titels des Hgb. auch auf Handlungsbevollmächtigte Anwendung finden. Die Frage ist zu bejahen. Der Handlungsbevollmächtigte ist nicht eine von dem Handlungsgehilfen begrifflich verschiedene Hilfsperson, sondern nur eine Species desselben. Die beiden Begriffe stehen, der erstere als Art-, der letztere als Gattungsbegriff, im Verhältnisse der Unterordnung, nicht der Nebenordnung. Handlungsgehilfe ist, wer dem Handlungsinhaber in dem Betriebe der Handlung kaufmännische Hilfsdienste leistet. Ob diese Dienste in dem Abschlusse von Geschäften oder in anderen Arbeiten bestehen, ob sie somit juristischer oder handelstechnischer oder mechanischer Natur sind, ist für das Verhältnis zwischen Principal und Gehilfen gleichgiltig. Die Absonderung der Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte im Titel 5 Hgb. hat daher keineswegs die Bedeutung, als wenn dadurch die Handlungsbevollmächtigten den Vorschriften des Titels 6 über die Handlungsgehilfen entzogen werden sollten. Der Titel 5 regelt eben nur das Besondere, welches die Handlungsbevollmächtigten als Species der Handlungsgehilfen auszeichnet. Im Uebrigen, namentlich was ihr Verhältnis zum Principal

betrifft, fallen die Handlungsbevollmächtigten unter die allgemeinen Bestimmungen des 6. Titels. Es finden daher auch die Vorschriften dieses Titels über die Auflösung des Dienstverhältnisses auf Handlungsbevollmächtigte, wie auf andere Handlungsgehilfen gleichermaassen Anwendung. Dies ist gemeine Meinung. Vgl. Hahn Commentar Bd. I (2. Aufl. S. 154 ff.) 3. Aufl. S. 165 ff., Anschütz und Völderndorff Bd. I S. 417 ff., Puchelt Bd. I 3. Aufl. S. 81, Gareis Lehrb. 3. Aufl. S. 97, Cosack Lehrb. S. 55 fg., Wendt in Endemann's Handb. I S. 247 fg. Dagegen Thöl Handelsrecht 6. Aufl. § 77.

10. Die Börsen-Schiedsgerichte und die Parteienvertretung vor denselben.

In einer im Morgenblatte der „Neuen Freien Presse" vom 20. Juli d. J. in der Rubrik „Inland" enthaltenen Correspondenz aus Wien unter der Ueberschrift „Ueber die Vertretung vor den Schiedsgerichten der Wiener Börsen" wird der Absicht Ausdruck gegeben, die vom Schiedsgerichte einer Wiener Börse in Gemässheit des Statuts der letzteren erfolgte Zurückweisung eines Advocaten als Vertreters einer vor das Schiedsgericht geklagten auswärtigen Partei zum Gegenstand einer Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshofe zu machen. Da nun solche Zurückweisungen täglich erfolgen und jede vor ein Börse-Schiedsgericht geklagte Partei, ohne Unterschied, ob sie Börsemitglied ist oder nicht, stets gezwungen wird, wenn sie nicht persönlich erscheinen kann, sich durch ein Börsemitglied vertreten zu lassen, wodurch nur zu häufig die Vertheidigung des Geklagten illusorisch gemacht wird, so erlaube ich mir die Anfrage, ob denn wirklich dagegen beim Verwaltungsgerichtshofe Beschwerde geführt werden kann und ob eine solche Beschwerde Aussicht hat auf Erfolg?

Prag, 24. Juli. Dr. W.

Die erwähnte Correspondenz geht von der Voraussetzung aus, dass die Börsen-Schiedsgerichte „unter Mitwirkung und Controle eines Regierungsbeamten" functionieren, der bei deren Verhandlungen anwesend sei. Diese Voraussetzung ist thatsächlich eine falsche. Die Regierung hat mit dem Verfahren und der Rechtsprechung der Börsen-Schiedsgerichte durchaus nichts zu schaffen und controliert weder dieselbe, noch übt sie sonst auf irgend eine Weise einen Einfluss auf sie aus. Von einer schiefen Auffassung der Stellung und des Charakters der Börsen-Schiedsgerichte zeugt es auch, wenn in jener Correspondenz gerügt wird, dass die Urtheile der Börsen-Schiedsgerichte „mit Verletzung des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt" nicht im Namen des Kaisers ausgefertigt werden. Der Autor der Correspondenz scheint hienach die Börsen-Schiedsgerichte als staatliche Behörden zu betrachten, und zwar bald als Verwaltungsbehörden, denn nur solche können vor dem Verwaltungsgerichtshof geklagt werden, — bald aber als Gerichte, denn nur diese haben ihre Urtheile im Namen des Kaisers auszufertigen. In der Wirklichkeit aber sind die Börsen-Schiedsgerichte weder Verwaltungs- noch Gerichtsbehörden. Sie sind nichts anderes als Mandatare von Privatparteien, berufen, über die Streitigkeiten der letzteren nach ihrem arbitrium zu entscheiden. Bis zum Gesetze vom 1. April 1875 hatten die Börsen allerdings einen öffentlichen Charakter. Sie waren Staatsanstalten und die „k. k. Börsekammer" eine staatliche Behörde. Dieses Charakters sind indessen die Börsen durch das erwähnte Gesetz entkleidet worden. Sie bilden nur mehr ständige Märkte oder Versammlungen von Handelstreibenden in ungeschlossener Zahl, denen eine ziemlich ausgedehnte Autonomie eingeräumt ist und die in gewisser Hinsicht unter staatlicher Aufsicht stehen, ohne dass sie jedoch irgend ein staatliches Attribut besässen. (Vgl. die Motive zu § 1 des Ges. bei Geller Hgb. S. 360.) Sie sind durch die §§ 2 und 6 des erwähnten Gesetzes berechtigt geworden, „zur Entscheidung über Streitigkeiten aus Börsegeschäften" ein Schiedsgericht zu bestellen und in das Statut die Bestimmung aufzunehmen, dass solche Streitigkeiten durch das Schiedsgericht ausgetragen werden müssen. Von dieser ihnen durch das Gesetz eingeräumten Facultät haben sämmtliche Wiener Börsen Gebrauch gemacht. Jedoch hat keine von ihnen ein ständiges Schiedsgericht bestellt; jede hat in ihrem Statut lediglich die Anordnung getroffen, dass aus einem durch die Börsemitglieder periodisch zu wählenden Collegium von Schiedsrichtern die streitenden

Parteien für jeden einzelnen Streitfall ein besonderes Schiedsgericht zu bestellen haben. Es ist klar, dass weder jenes von den Börsemitgliedern gewählte Collegium, aus welchem die Schiedsrichter für den einzelnen Streitfall entnommen werden, noch die von den Parteien für den besonderen Fall bestellten Schiedsgerichte, deren Mission mit der Entscheidung des Streitfalls sofort von selbst aufhört, öffentliche Behörden sind. Es sind das rein autonome, für den Privatgebrauch der Parteien in's Leben gerufene Schöpfungen, jenes eine Schöpfung der Gesammtheit der Börsemitglieder, das Schiedsgericht des einzelnen Streitfalls eine Schöpfung der im Streit verfangenen Parteien. Dass nun diese Schiedsgerichte ihre Erkenntnisse nicht im Namen des Kaisers auszufertigen brauchen, ja dies gar nicht dürfen, weil sie nicht im Namen des Kaisers oder kraft eines staatlichen Imperiums, sondern lediglich infolge der von den Parteien empfangenen Gewalt Recht sprechen, ist ebenso einleuchtend, wie dass von einem Beschwerdezug an den Verwaltungsgerichtshof gegen Verfügungen dieser Schiedsgerichte absolut keine Rede sein kann.

Was die Competenz dieser Schiedsgerichte betrifft, so erscheint sie schon durch die Thatsache begrenzt, dass sie für den einzelnen Streitfall, ad hoc, von den Parteien bestellt werden. Sie können daher über den einzelnen ihrer Judicatur vorgelegten Fall nicht hinausgehen. Insofern man aber unter Börse-Schiedsgericht nicht das concrete, für den einzelnen Streitfall bestellte Schiedsgericht, sondern jenes abstracte versteht, welches nach dem Börsestatut für vorkommende Streitigkeiten aus Börsegeschäften bestellt werden soll, so ist die Competenz desselben naturgemäss beschränkt auf die Börsemitglieder, welche dem Börsestatut unterworfen sind. Allerdings können sich auch ausserhalb der Börse Stehende durch besonderes Compromiss dem Börse-Schiedsgerichte, d. h. einem nach dem Börsestatut zu bestellenden Schiedsgerichte unterwerfen. Aber dann empfängt das bestellte Schiedsgericht seine Gewalt nicht aus dem Statut, sondern aus dem Special-Compromiss der Parteien; es ist für diese nicht ein statutarisches, sondern ein compromissarisches Schiedsgericht.

Anlangend endlich das Verfahren vor den Börse-Schiedsgerichten, so ist dasselbe durch die Statute dem freien Ermessen der Schiedsgerichte anheimgegeben und nur durch die Bestimmung beschränkt, dass sich die Streitparteien, wenn sie nicht persönlich erscheinen, nur eines Procuristen oder Handlungsgehilfen, eines Handelsgesellschafters oder eines Börsemitglieds als Vertreters bedienen dürfen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob diese statutarische Bestimmung, welche die persönliche Handlungsfähigkeit so empfindlich beschränkt, selbst für die dem Statute unterworfenen Börsemitglieder verbindlich sei. Denn das Recht, sich eines Vertreters nach freier Wahl zu bedienen, ist ein Ausfluss der Persönlichkeit und kann Einem nur durch das Gesetz, nicht durch ein Statut genommen werden. Für Parteien aber, welche sich dem Börse-Schiedsgerichte durch besonderes Compromiss unterwerfen, ist jene Bestimmung sicherlich unverbindlich. Das durch Compromiss berufene Schiedsgericht hat das ihm von den Parteien vorgezeichnete Verfahren, und wenn ihm ein solches von den Parteien nicht vorgezeichnet wäre, jenes einzuhalten, welches die allgemeine Gerichtsordnung vorschreibt. Gegen die Nichtzulassung eines von der Partei zum Vertreter bestellten Advocaten zur Verhandlung vor dem Schiedsgerichte giebt es daher allerdings keine Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, aber eine solche Beschränkung der Partei in der Wahl ihres Vertreters kommt einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleich und macht sohin das Urtheil des Schiedsgerichts nichtig.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger: Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Das Recht der wirtschaftlichen Concurrenz.

Versuch einer Physiologie der immateriellen Güter.

Von Dr. Leo Geller.

(Fortsetzung.)

IV. Die Schuldverhältnisse.

Erwerbsgelegenheit und Erwerb. Nächste Ursache des letzteren. Der Umsatzwille. Concrete Umsatzbereitschaft und Umsatzmöglichkeit. Vorgänge des Umsatzgeschäfts: Antrag und Annahme oder Vertragsschluss; Leistung und Gegenleistung oder Vertragsvollzug. Compresse und spationirte Umsatzgeschäfte. Empirische Natur der die Vorgänge der letzteren zusammenhaltenden Willenszustände. Aenderung derselben infolge der rechtlichen Sanction. Der Obligationsbegriff. Unterschiede der Obligationen hinsichtlich ihres Inhalts oder der Zusammensetzung ihrer Elemente.

Die bisher ins Auge gefassten Erwerbsgelegenheiten, die ausschliessenden sowohl, d. i. die Monopole, Bannrechte und Urheberrechte, wie die gemeinen, d. i. die Gewerbeunternehmungen, mögen diese von der Person oder dem Namen des Subjects, dem Zeichen oder dem Individualnamen des Objects, der Lage oder der Benennung der Betriebsstätte getragen sein, — gewähren ihrem Inhaber, indem sie den Wettbewerb Anderer in dem Angebot dessen was er zu Markt bringt fernhalten, oder beziehentlich ihm ermöglichen, sich mit dem Angebote seinerseits in dem Wettbewerb auf dem Markte zu behaupten, — nur die Anwartschaft auf einen Erwerb, dessen Verwirklichung noch ungewiss und dessen Umfang noch unbestimmt ist. Sie begünstigen lediglich mehr oder weniger seine Stellung als Anbieter auf dem Markte und setzen ihn in die Lage, die Nachfrage für den Gegenstand des Angebots, sobald sich eine solche einstellt, bez. einen Theil der Nachfrage an sich heranzuziehen. Den Erwerb selbst, der sich in dem Umsatze des angebotenen Guts in den begehrten Preis vollzieht, gewähren sie ihm nicht.

Dieser wird erst vermittelt durch den Willen des sich an ihn wendenden Nachfragenden. Bis sich ein solcher an ihn wendet, steht der Anbieter dem begehrenden Publicum lediglich werbend oder erwartend gegenüber. Die noch latente Möglichkeit, den begehrten Preis gegen das angebotene Gut zu erlangen, eröffnet sich ihm und wird zu einem actuellen erst, indem ein sein Gut Begehrender vor ihn tritt und ihm für den Gegenstand des Angebots einen bestimmten Preis bietet. Es entsteht dadurch zunächst ein seelischer Contact zwischen den Beiden: Die Lust des Nachfragenden nach einem Gut von der Art des angebotenen wendet

sich diesem individuellen Gute zu, und sein Wille, für ein solches Gut Demjenigen, der es ihm verschafft, einen bestimmten Preis zu gewähren, projiciert sich auf diesen Anbieter, und beides, jene Lust des Nachfragenden nach dem angebotenen Gut und dieser sein Wille, dafür den Preis zu opfern, oder — wenn wir jene Erwerbslust und diesen Opfer- oder Leistungswillen in den Begriff des Umsatzwillens fassen — dieser Umsatzwille des Nachfragenden geht in das Bewusstsein des Anbieters ein. Es steht nun bei dem Letzteren, den ihm gebotenen Preis zu erwerben, indem er dafür das begehrte Gut giebt. Thut er dies, sei es gleich auf das erste Gebot des Nachfragenden, sei es nachdem er durch die Ablehnung desselben ein besseres Gebot erzielt hat, so kommt mit dem beiderseits gewollten Umsatze der von jedem Theile angestrebte Erwerb zustande: jedes der beiden Subjecte erwirbt das, worüber das andere verfügt, indem es das, worüber es verfügt, dem anderen überlässt oder veräussert.

Die nächste Ursache des Erwerbs auf Seite eines jeden der beiden Subjecte des Umsatzes ist also der ihm eröffnete Veräuserungswille des anderen, oder genauer der geoffenbarte Wille des letzteren, das eigene Gut gegen das des ersteren auszutauschen oder umzusetzen, kurz der manifeste Umsatzwille des gegenüberstehenden Subjects. Dieser Umsatzwille, der, in seinem Bestande betrachtet, als Bereitschaft zu einem Umsatze in Ansehung bestimmter Güter und gegenüber einem bestimmten Subject, oder kurz als eine concrete Umsatzbereitschaft erscheint, und für das gegenüberstehende Subject, dem er sich geäussert hat und dessen Bewusstsein davon gleichsam ein Haben des Umsatzwillens des Anderen ist, die Möglichkeit eines Umsatzes bestimmter Güter gegenüber einem bestimmten Subject oder kurz eine concrete Umsatzmöglichkeit darstellt, — dieser Umsatzwille giebt sich schon in dem ersten Gebot oder dem Antrage des Nachfragenden oder des Offerenten kund, ist aber dann noch ein labiler, weil er die Voraussetzung in sich schliesst, dass auch das Subject, dem das Gebot gemacht ist d. i. der Oblat seinerseits seine Bereitschaft zum Umsatze offenbare, und, so diese Voraussetzung nicht zutrifft, wegfällt. Dieser labile Zustand der concreten Umsatzbereitschaft ist ein vorübergehender oder momentaner, wenn die beiden Subjecte beim Antrag gegenwärtig sind und der Offerent eine sofortige Entscheidung des Oblaten erwartet, dagegen ein beharrender oder temporärer, wenn der Antrag einem Abwesenden gemacht ist, dessen Entscheidung erst nach Ablauf eines wirtschaftlich erheblichen Zeitraums erwartet werden kann, oder wenn der Offerent dem Oblaten die Entscheidung innerhalb eines solchen Zeitraums anheimstellt.

Entscheidet sich nun der Oblat augenblicklich, bez. in der ihm gegebenen Zeit, für die Annahme des Antrags, und offenbart somit auch seinerseits dem Offerenten den correspondirenden Umsatzwillen, so übergeht die labile Umsatzbereitschaft des Letzteren sofort in eine stabile und es entsteht eine gleiche Umsatzbereitschaft

in umgekehrter Richtung auch auf Seite des Oblaten. Es bilden sich mithin vier correlate Zustände: zwei correspondierende Wollen und zwei correspondirende Können. Denn die Umsatzbereitschaft jedes Subjects stellt für das andere, dessen Bewusstsein sie in sich aufgenommen hat, zugleich eine Umsatzmöglichkeit dar.

Nicht immer indessen treten diese Zustände als solche selbständig hervor. In den weitaus meisten Umsatzgeschäften, insbesondere in jenen des kleinen Tagsverkehrs, treffen die beiderseitigen Aeusserungen des Umsatzwillens, Antrag und Annahme, deren Aufeinanderfolge die Rechtssprache als Vertrag oder genauer Vertragsschluss bezeichnet, mit den beiderseitigen Bethätigungen desselben, der Hin- und Hergabe, deren Ausführung wir Vertragsvollzug nennen, zeitlich zusammen, sei es, dass die Aeusserung des Willens überhaupt erst in seiner Verwirklichung, der Vertragsschluss in dem Vertragsvollzug in die Erscheinung tritt, oder dass eines unmittelbar (in continenti) auf das andere folgt. In dem einen wie in dem andern Falle fehlt es in dem compressen Umsatzgeschäft an Raum für die Ausdehnung des Willens oder genauer an Zeit, damit derselbe in einen beharrenden Zustand übergehe; so wie er nur als Entschluss zum Vorschein kommt, setzt er sich gleich in die That um.

Eine beharrende Umsatzbereitschaft ruft der Vertragschluss nur hervor, wenn sich zwischen ihn und den Vertragsvollzug oder zwischen die Aeusserung und die Verwirklichung des beiderseitigen Umsatzwillens ein wirtschaftlich erheblicher Zeitintervall einschiebt, sei es indem die Subjecte den Umsatz ihrer gegenwärtigen Güter eben erst für eine spätere Zeit verabreden (willkürlicher Aufschub des Vertragsvollzugs), oder weil die Objecte des Umsatzes räumlich oder zeitlich nicht gegenwärtig sind (naturnotwendiger Aufschub). In beiden Fällen will jedes Subject den Umsatz sowohl zur Zeit des Vertragsschlusses als des Vertragsvollzugs und mithin auch in jedem Punkte der Zwischenzeit, wenngleich das Wollen in der Zwischenzeit nicht zur Erscheinung gelangt und kein lebendiges wie am Anfange und Ende derselben ist. Die beiden zeitlich auseinanderliegenden oder spationirten Vorgänge des Umsatzgeschäfts erscheinen also hier wie durch ein Bindemittel zusammengehalten durch den beharrenden beiderseitigen Umsatzwillen oder die beiderseitige concrete Umsatzbereitschaft, die für das gegenüberstehende Subject eine concrete Umsatzmöglichkeit begründet.

Der auf den Vertragsschluss unmittelbar oder mittelbar folgende Umsatz oder Vertragsvollzug selbst setzt sich aus zwei auf beiden Seiten correspondirenden Paaren von Acten zusammen, aus einer Veräusserung d. i. einer Hingabe des eigenen Guts oder (allgemeiner) einer Leistung und einem Erwerb d. i. einer Annahme des Guts des Anderen oder (allgemeiner) einem Empfang auf der einen wie der andern Seite. Auch diese Acte können zeitlich zusammenfallen oder durch einen Zeitabstand von einander getrennt sein. Die den Gegenstand des Umsatzes bildenden Leistungen können sein

momentane d. i. solche, die sich in einem Zeitpunkte vollziehen lassen, oder dauernde d. i. solche, die sich über einen durch eine der conventionellen Zeiteinheiten messbaren Zeitraum ausdehnen. Zusammenfallen können nun die Acte des Vertragsvollzugs, wenn die beiderseitigen Leistungen entweder momentane oder dauernde sind und in denselben Zeitpunkt beziehentlich Zeitraum fallen. Die Subjecte können indessen auch Leistungen mit gleichem Zeitcoëfficienten willkürlich von einander trennen, sei es indem sie Leistung und Gegenleistung oder Leistung und Empfang in verschiedene Zeitpunkte oder Zeiträume verlegen (spationieren), oder indem sie eine Leistung, deren Gegenstand theilbar ist, in mehrere auf verschiedene Zeitpunkte vertheilte Acte zerlegen, während die correspondierende Leistung des Anderen in Einem Zeitpunkte zusammengedrängt wird. Von Natur aus aber fallen die Acte des Vertragsvollzugs auseinander, wenn die Leistung des einen Theils eine momentane, jene des anderen dagegen eine dauernde ist, die beiden sich also in der Zeit nicht decken.

Durch den gleichzeitigen oder compressen Vertragsvollzug wird die durch den Vertragsschluss erzeugte gegenseitige Umsatzbereitschaft und Umsatzmöglichkeit in demselben Momente verbraucht. Sind aber die beiden Acte des Vertragsvollzugs zeitlich voneinander getrennt, vollzieht sich nämlich die Leistung des einen Subjects in der Gegenwart, die Gegenleistung des anderen in der Zukunft, so fällt inzwischen aus der Umsatzbereitschaft, die sich aus einer Leistungsbereitschaft und einer Empfangsmöglichkeit zusammensetzt, auf der Seite des Leistenden die Leistungsbereitschaft, auf jener des Empfangenden die Empfangsmöglichkeit weg und es bleibt auf der letzteren nur eine Leistungsbereitschaft, auf der ersteren nur eine derselben correspondirende Empfangsmöglichkeit zurück. Der einseitige Vertragsvollzug bewirkt somit eine Metamorphose in dem durch den Vertragsschluss hervorgerufenen Verhältnisse der beiden Subjecte zu einander: es ist nicht mehr ein Umsatz, sondern nur mehr eine Leistung zu vollziehen, und es stehen sich nicht mehr Umsatzbereitschaft und Umsatzmöglichkeit, sondern lediglich Leistungsbereitschaft und Empfangsmöglichkeit gegenüber.

So entwickeln sich mit dem spationirten Umsatzgeschäft auch jene Zustände des Wollens und des Könnens im Bewusstsein seiner Subjecte, welche die getrennten Elemente des Geschäfts verbinden und zu einem Ganzen machen. Die labile Umsatzbereitschaft auf der einen und die labile Umsatzmöglichkeit auf der anderen Seite, welche der Geschäftsantrag erzeugt, nehmen mit dem Vertragsschluss einen stabilen Charakter an, indem sich gleichzeitig mit der ersteren auch eine Umsatzmöglichkeit und mit der letzteren eine Umsatzbereitschaft verbindet, und lassen nach dem einseitigen Vertragsvollzuge d. i. nach gemachter, beziehentlich empfangener Vorleistung nur eine Empfangsmöglichkeit, beziehentlich nur eine Leistungsbereitschaft zurück. In jeder dieser Entwicklungsphasen aber weist das mit dem Rapport zwischen diesen beiderseitigen inneren Zuständen gegebene

Verhältnis der beiden Subjecte zu einander dieselben Grundelemente auf: auf der Seite des einen Subjects ein Leistenwollen an das andere, auf der des letzteren das Bewusstsein von jenem Leistenwollen des ersteren oder gleichsam das Haben des Leistungswillens desselben. Nur ist das Wollen in den ersten zwei Entwicklungsstadien nicht wie im dritten auf ein Leisten schlechthin, sondern auf ein Leisten gegen ein Empfangen gerichtet, und im ersten Stadium überdies noch ein labiles. Oder mit anderen Worten: Im ersten Stadium ist dieses Wollen noch ein resolutiv bedingtes Umsatzversprechen, im zweiten bereits ein unbedingtes Umsatzversprechen, im dritten schliesslich ein unbedingtes Leistungsversprechen — Versprechen hier als beharrende, nicht als abgeschlossene Willensäusserung gedacht.

In seinem beharrenden Zustande tritt freilich das Wollen nach aussen nicht hervor. Wir können nur den Ausdruck und die Bethätigung des Wollens als vorübergehende Vorgänge sinnlich wahrnehmen, nicht aber das reine innere Wollen eines Anderen und folglich auch nicht das beharrende Wollen zwischen seiner Aeusserung und Bethätigung. Ebensowenig können wir in unserem Bewusstsein die Vorstellung von dem Wollen des Anderen in stetiger Lebendigkeit erhalten. Ja selbst des eigenen beharrenden Wollens können wir uns nicht immer stetig bewusst bleiben. Das beharrende Wollen ist eben nicht ein stetiges lebendiges Wollen, sondern mehr ein Bewendenlassen bei dem einmal gefassten Entschlusse oder ein Nichtabgehen von demselben. Nichtsdestoweniger aber steht die Realität des beharrenden Wollens ausser Zweifel. Das Beharrungsgesetz, eine Anwendung des allgemeinen Causalgesetzes, gilt auch im Bereiche des inneren Geschehens. Der durch irgend einen Impuls hervorgerufene Entschluss zu einem künftigen Handeln geht daher nicht von selbst unter, sondern bleibt so lange bestehen, bis er nicht bethätigt oder durch einen anderen Entschluss, den ein anderer Impuls hervorrufen kann, aufgehoben wird. Wir können also auch die im Geschäftsantrage, im Vertragsschlusse und beim einseitigen Vertragsvollzuge kundgegebenen Willensentschlüsse oder gemachten Versprechen solange als beharrende ansehen, als sie nicht bethätigt oder durch andere Entschlüsse aufgehoben sind.

Indessen ist das beharrende Wollen, so lange es auf sich selbst beruht, d. h. von den mannigfach wechselnden Impulsen, welche auf den menschlichen Willen einwirken können, angeregt und bestimmt wird, immerhin ein völlig unsicheres. So wie der Willensentschluss durch einen bestimmten Impuls plötzlich hervorgerufen worden ist, ebenso kann er durch einen anderen Impuls jederzeit wieder plötzlich ausgelöscht werden. Wir können daher auf die Beharrlichkeit eines uns geäusserten Willensentschlusses mit Sicherheit nur rechnen, wenn uns dieselbe durch ein Mittel verbürgt ist, das, indem es den Impulsen, die auf den Willensentschluss in entgegengesetzter Richtung einwirken können, entgegenwirkt, den Impuls, welcher den letzteren hervorgerufen hat, in stetiger Wirksamkeit

erhält, oder, wie man sich auszudrücken pflegt, den uns geäusserten Willen „bindet“.

Schon frühzeitig pflegte man im Verkehr den Geschäftswillen in naiver Weise zu binden durch Anwendung gewisser Feierlichkeiten oder sacraler Zuthaten bei der Vertragsschliessung, welche etwaigen Anwandlungen zum Wortbruche gesellschaftliche oder religiöse Bedenken entgegenstellten, oder in mehr praktischer Weise durch den Einsatz eines Pfandes oder einer Darangabe (Vadium, Arrha), welche im Falle des Wortbruchs verloren giengen und so mittelbar die Vertragstreue festigten. Dadurch erlangte man zwar nicht absolute Sicherheit für die Vertragserfüllung, denn das Abgehen vom Vertrage blieb doch noch immerhin möglich, aber man wirkte den dem Vertragsvollzuge ungünstigen Einflüssen bis zu einem gewissen Grade entgegen und schuf so eine relative Vertragssicherheit.

Für ein noch wenig entwickeltes Verkehrsleben mochten diese naturalistischen Sicherungsmittel noch ausreichen. Sowie aber der Verkehr in die Epoche der Creditwirtschaft eintrat und jene dem Vertragsbruche vorbeugenden Mittel des Selbstschutzes sich als unzulänglich erwiesen, trat in der staatlich organisierten Gesellschaft an den Staat die Aufgabe heran, für die Sicherheit des Verkehrs in gleichem Maasse wie für die Sicherheit des Besitzes zu sorgen, indem er die Erfüllung der Verträge zu einem Gebot der Rechtsordnung und damit zu einer erzwingbaren Pflicht erhob. In dem Maasse, als die Staatsgewalt erstarkte und der Schutz der vermögensrechtlichen Interessen wirksamer wurde, entwickelte sich nun auch der Rechtsschutz der Verträge. Waren jene von der Parteien-Autonomie geschaffenen Garantien nur darauf angelegt, die Vertragserfüllung per bonam voluntatem zu verbürgen, so kam jetzt die den Vertragssubjecten auferlegte Rechtspflicht der Vertragstreue hinzu, welche die Vertragserfüllung auch per invitos sicherte. Ursprünglich trat der staatliche Schutz der Verträge nur neben den Selbstschutz der Parteien, indem er nicht allen Verträgen, sondern nur den bereits durch gewisse autonomistische Sicherungsmittel garantirten zutheil wurde, so im römischen Recht, welches nur einzelne Consensualcontracte anerkannte, im Allgemeinen aber den Schutz der Verträge von einer solennen Form oder von einer realen Vorleistung eines der Contrahenten abhängig machte — ebenso im deutschen Recht des Mittelalters, welches nur dem gerichtlichen Bussgelöbnis, den Vadial- und Arrhalcontracten den Schutz gewährte, und zum Theil noch im modernen Recht, welches für gewisse Verträge oder für Verträge über Gegenstände von gewissem Werte schriftliche Beurkundung fordert. Mit der Zeit aber trat der Rechtsschutz der Verträge, indem er von allen Formerfordernissen für die letzteren absah und sich auch auf die formlosen Verträge erstreckte, an die Stelle der unzulänglichen autonomistischen Sicherungsmittel, von denen sich gleichwohl manche noch bis auf den heutigen Tag erhalten haben — und im heutigen Handels-

recht ist derselbe jedem Handelsgeschäft schlechthin gewährleistet.

Und zwar dem Handelsgeschäfte in allen seinen Stadien: dem angetragenen, dem geschlossenen und dem einseitig vollzogenen Handelsgeschäfte. An den Antrag knüpft sich die durch die Annahme des Antrags, und zwar je nachdem der Antrag unter Gegenwärtigen oder unter Abwesenden erfolgt und je nachdem zur Annahme eine Frist gewährt ist oder nicht, durch die augenblickliche oder die rechtzeitige bez. fristzeitige Annahme bedingte Pflicht zur Vornahme des angetragenen Umsatzes, d. h. zur Vollziehung der Leistung gegen die verlangte Gegenleistung; an den Vertragsschluss die Pflicht zum versprochenen Umsatze; an den einseitigen Vertragsvollzug, d. i. den Empfang der Vorleistung, die Pflicht zur Vollziehung der rückständigen Gegenleistung.

Indem aber der Staat diese Pflicht unter die Sanction eines sei es absoluten oder compulsiven Zwangs stellt und demjenigen, gegen den die Pflicht begründet ist, seine Macht zur Verfügung stellt, um die Erfüllung derselben zu erzwingen, tritt zu den natürlichen Wirkungen jener Willenshandlungen, welche wir Antrag, Vertragsschluss und einseitigen Vertragsvollzug nennen, ein Element hinzu, welches nicht nur dieselben stabilisirt, sondern ihnen auch einen wesentlich anderen Charakter aufdrückt. Das ursprünglich freie Leisten-Wollen verwandelt sich infolge der Nötigung zur Leistung, welche neben dasselbe und, wenn es wegfällt, an dessen Stelle tritt, in ein Leisten-Müssen, die Umsatz- und Leistungsbereitschaft also in eine Umsatz- und Leistungsverbindlichkeit und die Umsatz- und Erwerbsmöglichkeit in einen Umsatz- und Leistungsanspruch. Der Vertragsvollzug hängt nun nicht mehr von dem Willen der Vertragssubjecte, sondern von dem Staatswillen, von der rechtlichen Sanction des Vertrags ab; gehört der Vertrag nicht zu jenen Geschäften, denen der Staat seinen Schutz versagt, so ist dessen Erfüllung, nach Maassgabe des thatsächlichen Könnens der Subjecte, durch die Staatsmacht garantiert. Wohl mögen die Subjecte nach wie vor sponte propria erfüllen; die Erfüllung ist aber nicht mehr auf ihre voluntas gestellt, die, wechselnden Impulsen ausgesetzt, jeden Augenblick aufhören kann, sondern erscheint durch die necessitas juris als eine constant wirkende Kraft gesichert. Das ursprünglich durch den Willen und das Bewusstsein der Subjecte geschaffene, somit rein psychologische Verhältnis der gegenseitigen Anziehung, resp. der Anziehung des einen Subjects durch das andere wird nunmehr beherrscht durch eine ausserhalb der Subjecte wirkende Kraft, durch den Druck, welchen die Staatsgewalt auf das Subject, das seinen Leistungswillen dem anderen geäussert hat, ausübt, um es zur Verwirklichung desselben zu bestimmen und erscheint mithin gleichsam als ein psychomechanisches.

Zur Bezeichnung dieses so beschaffenen Verhältnisses bedient sich die römische Rechtssprache des Worts „obligatio“, die deutsche der Worte „Schuld“, welches die Vorstellung der Leistungsverbind-

lichkeit, und „Forderung“, welches jene des Empfangsanspruchs zum Ausdruck bringt. Die Begriffe Obligation, Schuld und Forderung umfassen aber nicht blos die durch den Willen der Subjecte begründeten Leistungsverbindlichkeiten und Empfangsansprüche, sondern auch solche, welche das Gesetz den Subjecten ohne deren Willensaction auferlegt, beziehentlich gewährt, ferner nicht blos Verhältnisse aus Umsatzgeschäften, sondern auch solche aus was immer für Geschäften, welche dem einen Subjecte eine Leistung, Hingabe oder Rückgabe auferlegen, für das andere die Möglichkeit eines Empfangs oder einer Rücknahme begründen. Alle diese Verhältnisse lassen sich auf eine Art Spannung zurückführen, welche der Zwang der Rechtsordnung, eine Leistung zu machen, in der Zwischenzeit bis zur Vollziehung der Leistung unter den Subjecten erzeugt.

Erscheint aber auch hienach die Zusammenfassung aller dieser Verhältnisse unter den Einen Begriff Obligatio gerechtfertigt, so darf doch anderseits die mannigfache Verschiedenheit derselben untereinander nicht übersehen werden. Lassen wir die Obligationen aus anderen als Umsatzgeschäften hier ausser Betracht, so gewahren wir schon unter jenen aus Umsatzgeschäften allein sehr wesentliche Unterschiede. Vor allem schon in Hinsicht ihres Inhalts oder der Zusammensetzung ihrer Elemente. Dass die Obligation aus dem angetragenen Geschäfte verschieden ist von der aus dem geschlossenen, und diese wieder verschieden von jener aus dem bereits einseitig vollzogenen Geschäfte, erkennt man schon auf den ersten Blick. Worin sich aber diese Verhältnisse von einander unterscheiden, zeigt die genauere Analyse derselben. Untersuchen wir das durch den Geschäftsantrag oder das erste Umsatzversprechen geschaffene Verhältnis zwischen dem Offerenten und dem Oblaten, so finden wir, dass sich dasselbe zusammensetzt aus zwei einfachen Elementen: einem Leistenwollen und einem Empfangsbegehren des Offerenten. Dieser, nennen wir ihn A, will das Gut x, über das er verfügt, dem B überlassen, wenn ihm Letzterer dafür das Gut y, das er hat, überlässt. Stellen wir uns nun den Umsatzwillen als eine bewegende Kraft vor, und zwar unter dem Einflusse des staatlichen Zwangs als eine constant wirkende Kraft, so erscheint uns deren Wirkung auf x als eine abstossende oder negative, auf y als eine anziehende oder positive. Diese Kraft reicht aber an sich nicht aus, weder um x in die Sphäre des B zu versetzen, noch um y aus der Sphäre des Letzteren in jene des A herüberzuziehen, wenn nicht auch der Umsatzwille des B in entgegengesetzter Richtung in Wirksamkeit tritt, d. h. auf x eine anziehende und auf y eine abstossende Wirkung äussert. Tritt auf Seite des B ein solcher Umsatzwille nicht sofort oder in der ihm gegebenen Zeit in Action, so verliert der Umsatzwille des A seine bewegende Kraft und die durch das Umsatzversprechen erzeugte positive und negative Spannung geht sohin wirkungslos vorüber. Die Obligation aus dem Geschäftsantrage erscheint hienach als eine

einseitige Umsatzverbindlichkeit, das ist eine mit einem Empfangsanspruche verbundene Leistungsverbindlichkeit, von dem Werte x—y von ephemerer Existenz oder labilem Zustande.

Tritt nun aber dem Umsatzwillen des A der correspondirende des B gegenüber, so wird auf x von Seite des A abstossend, von jener des B anziehend, und auf y umgekehrt von Seite des A anziehend, von der des B abstossend eingewirkt. Das Verhältnis zwischen A und B nach dem Vertragsschlusse setzt sich somit aus zwei Paaren von Elementen zusammen, auf jeder Seite aus je einem positiv und einem negativ wirkenden Elemente, oder aus je einer Umsatzverbindlichkeit, d. i. einer Leistungsverbindlichkeit, verbunden mit einem Empfangsanspruche, oder einer Leistungsverbindlichkeit von dem Werte x—y, beziehentlich y—x.

Wird endlich y aus der Sphäre des B in die des A versetzt und somit die Anziehungskraft auf Seite des Letzteren wie die Abstossungskraft auf Seite des Ersteren verbraucht, so besteht die Spannung unter Beiden nur mehr aus einer Abstossung des x von Seite des A und einer Anziehung desselben von Seite des B, oder aus einer reinen Leistungsverbindlichkeit von dem Werte x auf Seite des Ersteren und einem reinen Empfangsanspruche von demselben Werte auf Seite des Letzteren.

(Das Weitere folgt.)

Literarische Notizen.[1]

Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache von Friedrich **Kluge**, Professor an der Universität Jena. Vierte verbesserte Auflage. Strassburg. Karl J. Grübner. 1889.

Auf dieses vortreffliche nun in vierter Auflage vorliegende Wörterbuch sei insbesondere die Aufmerksamkeit der Juristen gelenkt, welche nur zu oft in die Lage kommen, der Herkunft eines Worts nachzuforschen, in das sich ein Rechtsbegriff kleidet. In dem Werke Kluge's, das einen kaum ermesslichen Wissensschatz birgt, werden sie nicht vergebens suchen. Dasselbe giebt Aufschluss über den Ursprung jedes deutschen Worts und über alle Entwicklungsphasen, welche dasselbe in den verwandten Sprachen durchgemacht hat. Eine sehr wertvolle Beigabe ist das zum Schlusse folgende Verzeichnis der in dem Werke besprochenen Wörter aus dem griechischen, lateinischen, italienischen, französischen und englischen Sprachschatze (S. 409—453).

---

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

287.

1. Oertliche Collision der Gesetze: Beurtheilung der Vertragsfähigkeit eines Contrahenten nach dem Recht am Orte des geschlossenen Vertrags. 2. Wirkung der Rechtskraft ausländischer Urtheile.

(E. 9. Mai 1889, Z. 3313.)

Gründe: Gegenstand der Processführung und Entscheidung ist lediglich die Frage, ob das auf das in dritter Instanz bestätigte U. des kön. bayerischen OLG. München vom 26. Mai 1884 sich gründende Executionsrecht der Gekl. durch eine nachgefolgte Thatsache erloschen sei, und erscheint es zweifellos, dass diese das Fundament der Klage bildende Thatsache vom Kl. gerichtsordnungsmässig zu erweisen war. Der Kl. beruft sich diesfalls auf den zwischen ihm und der Gekl. unterm 31. März 1886 abgeschlossenen notariellen Vergleich, laut welchem sich der Kl. mit der Gekl. bezüglich aller Ansprüche vollkommen ausgeglichen und die Letztere in die Aufhebung aller bestehenden Executionen einzuwilligen erklärt hat. Allein nachdem es unbestritten ist, dass dieser Vergleich zwischen zwei Ausländern in München, somit im Auslande abgeschlossen worden ist, erscheint es ganz richtig, wenn die Untergerichte von der Anschauung ausgingen, dass das fragliche Rechtsgeschäft seinem ganzen Umfange nach, somit insbesondere auch bezüglich der Frage der Vertragsfähigkeit der Compaciscenten nur nach den Gesetzen des Orts, wo das Geschäft abgeschlossen worden ist, zu beurtheilen kommt, weil von Seite des Kl. selbst nicht geltend gemacht wird, dass bei Abschluss dieses Geschäfts demselben überhaupt ein anderes, als das am Orte des Vergleichsabschlusses geltende Recht zugrunde gelegt werden sollte. Thatsächlich liegen nun bereits die Urtheile der kön. bayerischen Gerichte vor, mit welchen der gegenständliche Vergleich wegen absoluter Vertragsunfähigkeit des einen der Compaciscenten für rechtsunwirksam und für null und nichtig erklärt worden ist. Diese Erkenntnisse der ausländischen Gerichte mussten aber auch vom inländischen Richter respectiert werden, weil eben nur diese Gerichte competent waren, über die Frage der Vertragsfähigkeit der Gekl. und sonach auch über den Rechtsbestand des von derselben mit dem Kl. abgeschlossenen Vergleichs eine Entscheidung zu fällen, durch die Entscheidungen der kön. bayerischen Gerichte aber bereits eine Thatsache constatiert ist, welche dem in der Klage gestellten Begehren die Grundlage entzieht.

288.

Begriff einer Stiftung. Errichtung einer solchen durch Erbeinsetzung einer Corporation mit der Auflage der Verwendung der Früchte des Erbvermögens zu einem wohlthätigen Zwecke.

Vgl. Bd. VI Nr. 353. 496.

(E. 18. April 1888. — GH. 30.)

Gründe: In dem vorliegenden Rechtsstreite handelt es sich hauptsächlich um die Lösung der Frage, ob die sub Post 23 der letztwilligen Anordnung des

verstorbenen Dr. Josef Ritter v. P. eine Stiftung im Sinne der bestehenden Gesetze beinhalte oder nicht. Diese Frage muss bejaht werden. Unter Stiftung versteht man nämlich mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 646 bGb. die Aussetzung eines Vermögens zur Errichtung eines frommen oder gemeinnützigen Zwecks, bez. damit die Einkünfte eines bestimmten Vermögens zu gemeinnützigen Anstalten oder zum Unterhalte gewisser Personen auf alle folgenden Zeiten verwendet werden. Behufs der Verwendung eines Vermögens zu frommen, gemeinnützigen oder sonstigen wohlthätigen Zwecken kann ein doppelter Weg eingeschlagen werden, indem nämlich entweder das betreffende Vermögen einer physischen oder schon bestehenden juristischen Person mit dem Auftrage (modus) zugewendet wird, dieses Vermögen zu dem vorgeschriebenen Zwecke zu verwenden, oder es wird das Vermögen keinem schon bestehenden Rechtssubjecte zugewendet, sondern es wird für das Vermögen ein eigenes selbständiges Rechtssubject erst geschaffen, welches nunmehr Mittelpunkt und Träger jenes Vermögens ist. In diesem letzteren Falle ist diese selbständige juristische Person, deren Substrat ein Vermögen ist, die Stiftung selbst, während im ersteren Falle das Vermögen jene physische oder juristische Person zum Subjecte hat, welcher das Vermögen mit dem Auftrage, es zu dem bestimmten gemeinnützigen oder wohlthätigen Zwecke zu verwenden, zugewendet wurde. Daraus folgt, dass eine Erbeinsetzung mit einem Auftrage (sub modo) keineswegs, wie der Gekl. meint, den Begriff einer Stiftung schlechterdings ausschliesse; eine Erbseinsetzung sub modo und gleichzeitige Stiftung können vielmehr ganz gut nebeneinander bestehen, sobald eben der vom Erblasser dem eingesetzten Erben ertheilte Auftrag (der von ihm bestimmte modus) die Voraussetzungen und Merkmale einer Stiftung im Sinne des Gesetzes an sich trägt. Wenn man nun die Eingangs erwähnte Verfügung des Erblassers Dr. P einer Prüfung unterzieht, so ist aus derselben einerseits unzweifelhaft zu entnehmen, dass sie eine Erbseinsetzung sub modo enthält, weil der Erblasser darin den gekl. Matrikelfond zum Erben seines gesammten Vermögens einsetzt, ihm sohin (wie ja von der Kl. nicht bestritten wird) das erwähnte Nachlassvermögen eigentümlich zuwendet, ihm aber gleichzeitig den Auftrag ertheilt, die Renten dieses Vermögens zu Stipendien oder Versorgungs-Präbenden für bedürftige Töchter immatrikulierter tirolischer Adels-, k. k. Officiers- und k. k. Beamten-Familien zu verwenden. Anderseits ergiebt sich aber aus der erwähnten Verfügung ebenso unzweifelhaft, dass der dem eingesetzten Erben ertheilte Auftrag alle gesetzlichen Merkmale einer Stiftung in sich schliesst; denn der ertheilte Auftrag geht eben dahin, dass, wie gesagt, die reinen Renten dieses Nachlassvermögens zu Stipendien oder Präbenden für bedürftige Töchter von immatrikulierten tirolischen Adels-, k. k. Officiers- und k. k. Beamtenfamilien, somit zu einem wohlthätigen Zwecke verwendet werden, und zwar nachdem eine Einschränkung auf einen bestimmten Zeitraum in der letztwilligen Verfügung nicht enthalten ist, nach menschlicher Voraussicht auf alle folgenden Zeiten. Steht aber fest, dass der vom Erblasser dem Gekl. als eingesetzten Universalerben in seiner letztwilligen Anordnung ertheilte Auftrag einer Stiftung im Sinne des Gesetzes gleichkommt, so folgt daraus von selbst, dass der Gekl., welcher die letztwillige Anordnung des Dr. P. als rechtsgiltig anerkannt und die Erbschaft angenommen hat, auch verpflichtet ist, das anzuerkennen und den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen gemäss den bezüglichen Stiftbrief zu errichten, sowie die entsprechende Sicherstellung zu leisten, dass die reinen Renten des ermittelten reinen Nachlassvermögens stets den in der letztwilligen Anordnung des Erblassers getroffenen Bestimmungen auch thatsächlich zugewendet werden, da der Erblasser in seiner letztwilligen Anordnung den Erben von dieser letzteren Verbindlichkeit ausdrücklich nicht entbunden hat. Die Entscheidung über den Inhalt des Stiftbriefs selbst, welcher selbstverständlich die Rechte des eingesetzten Erben als solchen respectieren muss, steht nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften den politischen Behörden zu und es ist eine diesfällige Ingerenz des Civilrichters im vorliegenden Falle nunmehr ausgeschlossen, wenn erwogen wird, dass die einzige zwischen den Streittheilen bestehende Controverse, ob die in Rede stehende letztwillige Verfügung des Erblassers eine Stiftung im Sinne des Gesetzes beinhalte, nunmehr endgiltig entschieden ist, anderseits aber von der Klagsseite selbst im Processe anerkannt ist, dass das Eigentum des Nachlassvermögens selbst nicht

der Stiftung als solcher, sondern im Sinne der letztwilligen Anordnung thatsächlich dem geklagten Matrikelfond gehöre. Ebenso ist in erster Linie dem Uebereinkommen des Erben mit der Stiftungsbehörde überlassen, in welcher Weise die Sicherstellung der Zuführung der reinen Renten des Nachlassvermögens dem vom Erblasser bestimmten Zwecke zu erfolgen habe. Der Civilrichter hat darüber erst dann zu sprechen, wenn wegen allfälliger Verletzung von Privatrechten dessen bezügliche Entscheidung mittelst Klage verlangt wird.

289.

Besitzstörung durch Bewirtung von Gästen auf fremder Wiese.

(E. 23. Mai 1889, Z. 5829.)

In Uebereinstimmung mit dem 1. R. erkannte der OGH. den Bekl. der Besitzstörung auch aus dem obigen Grunde schuldig, wobei erwogen wurde, dass infolge des nicht weiter angefochtenen Spruchs beider unteren Instanzen feststeht, dass der Gekl. theils selbst, theils durch seine Leute den Wirtshausgästen, die auf der kl. Wiese lagerten, auf derselben Bier und Brantwein ausschänkte und Speisen verabreichte, wodurch der Grund zusammengetreten wurde; dass schon hiernach füglich nicht daran gezweifelt werden kann, dass der Gekl. seine Gäste auf der kl. Wiese lagern liess; dass, wenn der Gekl. ernstlich den fremden Besitz hätte schonen wollen, es seine Sache gewesen wäre, auf der fremden Wiese den Gästen weder Speisen noch Getränke zu verabreichen, dass hiernach kein Grund vorlag, einem Theile des Klagebegehrens stattzugeben, den anderen Theil des Klagebegehrens abzuweisen und demnach der Klage zur Gänze stattzugeben war.

290.

Verantwortlichkeit für die von dem Werkführer in Ausführung der bestellten Arbeit begangene Besitzstörung.

(E. 27. Sept. 1887, Z. 11033.)

Das Klagebegehren des A, der Bekl. B habe dadurch, dass er die in seinen Diensten stehenden Maurer in das unter seinem (des A) Hause befindliche Magazin beordert und vermittelst derselben den in der gemeinschaftlichen Scheidemauer befindlichen Rauchfang auf der Seite des Magazins des Kl. hat vermauern lassen, den Besitz des Letzteren in Betreff des Magazins und der in der gemeinschaftlichen Mauer befindlichen Kaminröhre gestört und sei schuldig, bei Executionsvermeidung das Stück Mauer, durch welches die gedachte Kaminröhre auf der Seite des Hauses des A geschlossen ist, zu entfernen, wurde von dem 1. R. abgewiesen, vom OLG. jedoch zugelassen. G r ü n d e: In Erwägung, dass durch den an Ort und Stelle aufgenommenen Kunstbefund und durch Zugeständnis festgestellt ist, Kl. sei im ruhigen Besitze der Benützung des in der gemeinschaftlichen Mauer, welche sein Haus x von jenem des Bekl. trennt, befindlichen Kamins dadurch gestört worden, dass die über dem Herde im Magazin des Kl. befindliche Oeffnung von den Maurerleuten M und N vermauert wurde; in Erwägung, dass weiters festgestellt ist, dass Kl. niemals seine Zustimmung zur Bewerkstelligung dieser Arbeit gegeben, sondern nur den Maurern erlaubt hat, auf der Seite seines Magazins jene Arbeiten vorzunehmen, welche notwendig waren, um in den Kamin, die für den Ofen des Z, Mietsmanns des Bekl., dienliche eiserne Röhre einzuführen; dass der Bekl. jede Verantwortung für diese Störung von sich abzuwälzen behauptet, da die Handlung ohne sein Wissen und gegen seine Anordnung, dass alle Arbeiten auf der Seite seines eigenen Hauses vorzunehmen seien, geschehen sei; dass übrigens kein Wohnungsinhaber in dem von ihm gemieteten Hause ohne Einwilligung des Eigentümers Arbeiten vornehmen lassen kann, und das der Bekl. ausdrücklich zugegeben hat, von dem Mietsmanne Z um die Erlaubnis gebeten worden zu sein, auf eigene Kosten die Arbeiten zur Herstellung eines Ofens in der von ihm innegehabten Werkstätte mit Einführung einer Röhre in den in der gemeinschaftlichen Mauer befindlichen Rauchfang vornehmen zu können und diese Erlaubnis

auch ertheilt zu haben; dass der Eigentümer dadurch, dass er Jemandem die Ermächtigung ertheilt, in seinem eigenen Hause Bauarbeiten vorzunehmen, auch die ganze Verantwortung für die daraus für die Eigentümer der angrenzenden Gebäude entstehenden Folgen übernimmt, aus welchem Grunde die politischen Vorschriften verlangen, dass Neubauten oder Bauherstellungen von irgend einer Erheblichkeit der Ortsbehörde zu dem Behufe angezeigt werden sollen, damit dieselbe die Grenznachbarn einvernehmen könne; dass Bekl. sogar zugiebt, seine Erlaubnis ertheilt zu haben, dass die in Rede stehende Oeffnung vermauert werde, mit dem Beisatz jedoch, dass es auf der Seite seines eigenen Magazins geschehen müsse, und dass die Besitzstörung eben in dieser Vermauerung besteht, gleichgiltig, ob sie von der einen oder andern Seite geschehen ist; dass auch Z aussagte, dass der Bekl. angeordnet habe, die zum Herde des jenseitigen Locals im Hause des A gehörige Oeffnung zu vermauern und es auch unwahrscheinlich ist, dass die Maurerleute willkürlicherweise eine ihnen von Niemanden aufgetragene Arbeit vollführten; auch dass die vom Bekl. gemachten Versuche, um vom Kl. die Anerkennung seines ausschliesslichen Rechts auf den in Rede stehenden Rauchfang zu erlangen und die Antwort, welche er dem A gegeben zu haben zugiebt, der Kl. möge nemlich noch zwei oder drei Tage gedulden, bis der Kunstbefund entschieden haben werde, wem eigentlich der Kamin eigentümlich gehöre, keinen Zweifel übrig lassen, dass die über dem Herde im Magazine im Hause des Kl. befindliche Oeffnung auf seinen Willen und auf seine Anordnung hin zugemauert worden sei, mit dem einzigen Unterschiede, dass sein Wille dahin gieng, dass diese Vermauerung auf der entgegenstehenden Seite und ohne in das Magazin des Kl. einzutreten, geschehen sollte; dass darum die Klage gegen den heutigen Bekl. zu richten war.

Der OGH. bestätigte das o. g. U., in Erwägung, dass der Bekl., wie er selbst zugiebt und wie durch die Zeugenaussage der L bestätigt wird, dieser Letzteren auf ihre Frage, mit welcher Berechtigung er die in Rede stehende Oeffnung habe vermauern lassen, geantwortet habe, ihr Bruder, der Kl., möge noch zwei oder drei Tage gedulden, bis der Kunstbefund an Ort und Stelle aufgenommen worden sei und entscheiden werde, wem der Kamin eigentlich gehöre und er habe die Oeffnung auf Ansuchen des Mieters Z vermauern lassen; dass diese Antwort sich offenbar nur auf die in dem Magazine des Kl. befindliche Oeffnung beziehen kann, wegen deren Vermauerung dessen Schwester von dem Bekl. Rechenschaft verlangt hatte; dass die Anführung des Bekl., er habe jene Antwort in dem Glauben ertheilt, dass die Oeffnung auf seiner Seite vermauert worden sei, mit dem Inhalte der Antwort im Widerspruche steht, aus welcher hervorgeht, dass er das Eigentumsrecht an den ganzen Kamin in Anspruch genommen hat; dass übrigens des Kl. Schwester weder ein Recht noch irgend einen Grund gehabt hätte, sich wegen der Vermauerung der Oeffnung auf der Seite des Bekl. zu beschweren; dass abgesehen davon, die Vermauerung der im Magazine des Kl. befindlichen Oeffnung ganz zum Vortheile des Bekl. ausfiel, welcher infolge davon sich jetzt im ausschliesslichen Besitze des Kamins befindet und dessen ausschliesslichen Gebrauch hat, wie er selbst es im Revisionsrecurse anführt; dass der Umstand, dass er nach erhaltener Benachrichtigung von der Vermauerung, nicht sich sogleich bemühte, den vorherigen Stand der Dinge wieder herzustellen, eine Gutheissung des von den Maurerleuten seines Mietmanns Vollführten in sich begreift und seine Absicht erweist, sich in den Besitz des ganzen Kamins zu setzen und zwar umsomehr, als er früher verschiedene Versuche gemacht hat, um den Kl. zur Erklärung zu vermögen, der Kamin sei ausschliesslich Eigentum des Bekl., Versuche, welche jedoch nicht den gewünschten Erfolg hatten; dass endlich, wenn auch Kl. den Maurersleuten erlaubt hat, in seinem Magazin zu arbeiten, um in den Kamin eine Röhre für den Herd des Mietmanns P einzuführen, er doch nicht erlaubt hat, noch auch voraussetzen konnte, dass der Maurer die Oeffnung über seinem Herde vermauern und letzteren hiedurch unbrauchbar machen würde.

291.

Unerheblichkeit der Ausführung von Baulichkeiten auf dem gemeinschaftlichen Grundstücke durch einen Miteigentümer für das Recht jedes anderen Theilhabers auf gerichtliche Feilbietung des Grundstücks.

(E. 7. Mai 1889, Z. 2233. — Plenarsenat. — Beil. z. JMVdgsbl. 459.)

Die Kl. A begehrt gegen die Miteigentümer B und C die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums einer Grundwirtschaft durch öffentliche Feilbietung, weil dieselbe mit Rücksicht auf die darauf errichteten Gebäude sich nicht theilen lasse (§ 843 bGb.). Gekl. B und C wenden ein, dass die auf dem Grunde bestehenden Gebäude ein ausschliessliches Eigentum des C seien, welcher dieselben an Stelle der alten abgebrannten erbaut hat. Der 1. R. hat das Klagebegehren abgewiesen, weil die von dem Mitgekl. C auf dem gemeinschaftlichen Grunde errichteten Gebäude dessen ausschliessliches Eigentum seien, weshalb die Bedingungen zur Veräusserung des gemeinschaftlichen Grundes nach § 843 bGb. nicht vorliegen. Vom OLG. wurde dieses U. bestätigt, weil insbesondere das Miteigentum der Kl. in Bezug auf die Bauparcelle, auf welcher der Mitgekl. C Gebäude errichtete, nach § 418 bGb. zum mindesten zweifelhaft geworden ist und weil die übrigen Grundstücke ohne Nachtheil physisch getheilt werden können.

Ueber die a. o. Revisionsbeschwerde der Kl. gab der OGH. dem Klagebegehren unbedingt statt aus Gründen: Das Miteigentum der Kl. wird von den Gekl. nicht bestritten. Ebenso ist unbestritten, dass diese Realität wegen der darauf befindlichen Baulichkeiten ohne Herabminderung ihres Werts sich physisch nicht theilen lässt. Diesemnach ist das auf die Aufhebung der Gemeinschaft des Eigentums durch gerichtliche Feilbietung gerichtete Begehren der Kl. in dem § 843 bGb. gesetzlich begründet. Die Untergerichte haben dieses Begehren aus dem Grunde abgewiesen, weil der Gekl. C auf der zu der Realität gehörigen Bauparcelle an die Stelle der dort früher bestandenen, abgebrannten Wohn- und Wirtschaftsgebäude neue aufgeführt hat. Dieser Umstand ist aber in dem vorliegenden Rechtsstreite unentscheidend und der daraus vom 1. R. abgeleitete Schluss, dass diese Gebäude ein ausschliessliches Eigentum des C bilden, gesetzlich nicht haltbar, weil die Gebäude gemäss §§ 294 und 297 bGb. vielmehr ein Zubehör von Grund und Boden bilden. Der § 418 bGb. wurde vom OLG. unzutreffend berufen, weil C in dem Streite das ausschliessliche Eigentum der Bauparcelle gar nicht beansprucht hat und die Kl. in dem Grundbuche als Miteigentümerin dieser Bauparcelle eingetragen ist.

292.

Inaedificatio: Anspruch der Gemeinde auf Beseitigung einer mit ihrer Einwilligung auf ihrem Grunde von einem Privaten hergestellten Brücke?

(E. 6. März 1889, Z. 2178.)

Die von dem 1. R. theilweise zugelassene Klage der Gemeinde A gegen B auf Beseitigung der von ihm auf den Gemeindeparcellen x und y errichteten Brücke wurde von dem OLG. abgewiesen. Gründe: Durch das vom BezA. K abgeforderte Originalprotokoll v. 17. Nov. 1876 ist gerichtsordnungsmässig erwiesen, dass der Gekl. bei dem Gemeindeamte A, als der Baubehörde, unter Vorlage des Bauplans um die Bewilligung zur Errichtung der fraglichen Brücke eingeschritten ist, dass das Gemeindeamt diese Eingabe dem BezA. K mit Rücksicht auf die dadurch berührte Bezirksstrasse behufs Pflegung von Erhebungen vorgelegt hat, dass der BezA. hierüber am 17. Nov. 1876 die Localcommission abgehalten, dass hiebei in Vertretung der Gemeinde A der Gemeindevorsteher T interveniert, und dass dieser die Erklärung abgegeben hat: „Die Gemeindevertretung von A hat gegen diesen Brückenbau weder aus öffentlichen, noch baupolizeilichen Rücksichten irgend eine Einwendung zu erheben, und erklärt sich hiemit vollkommen einverstanden." Dass der Bau der Brücke in der Folge abweichend von dem damals vorgelegenen Plane ausgeführt worden wäre, wird in keiner Weise behauptet. Jene Erklärung des T kann nun nur dahin verstanden werden,

dass er sich Namens der Gemeindevertretung auch in privatrechtlicher Beziehung, nemlich in Bezug auf die Inanspruchnahme der Gemeindeparcellen y und x mit dem Brückenbaue einverstanden erklärte; denn im Hinblicke darauf, dass der Gekl. im Gesuch ausdrücklich um Zuziehung der Anrainer bat, und dass es sich um eine Baucommission handelte, dass es daher dem Gemeindeamte schon von amtswegen nach den Vorschriften der Bauordnung oblag, die betheiligten Anrainer beizuziehen, und dass die Gemeinde A thatsächlich betheiligte Anrainerin war, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass T bei jener Localcommission auch in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeindeeigentums und Gemeindeguts interveniert hat. Bei dieser Localcommission hatten aber die betheiligten Anrainer alle ihre, auch privatrechtlichen Einwendungen vorzubringen; wenn nun T keine derartige Einwendung vorbrachte, insbesondere keinen Einspruch dagegen erhob, dass die Brücke auf den beiden Gemeindeparcellen errichtet wurde, so muss notwendig angenommen werden, dass er damit einverstanden war, und dies umsomehr, wenn der Wortlaut jener Erklärung in Betracht gezogen wird. Denn dieselbe scheidet sich deutlich in zwei Theile, in deren ersterem die Gemeindevertretung gegen den Bau aus öffentlichen und baupolizeilichen Rücksichten keine Einwendung zu erheben erklärt, und in deren zweiten sie ihr vollständiges Einverständnis mit dem Baue kundgibt; letzteres kann nur auf die privatrechtliche Seite bezogen werden, da es eine ganz überflüssige Wiederholung wäre, wenn dieser Passus auch auf die Baubewilligung bezogen werden wollte, derselbe vielmehr so ausgelegt werden muss, dass er Sinn und Wirkung hat. Darnach hat die Gemeinde mittelst einer ausdrücklichen Willenserklärung, daher vertragsmässig, in den Bau der Brücke auf den Gemeindegrundstücken eingewilligt und erscheint somit nicht berechtigt, die Beseitigung der Brücke zu verlangen. Die Einwendungen, welche die Gemeinde in Bezug auf diese aus dem Protokolle v. 17. Nov. 1876 gezogene Folgerung vorbringt, sind sämmtlich hinfällig. Ob jenes Protokoll allen Förmlichkeiten entspricht, welche nach den politischen Gesetzen an ein Bauprotokoll zu stellen sind, ist vollkommen gleichgiltig, weil es sich hier um die Frage des Bauconsenses nicht handelt und die Beseitigung der Brücke aus baupolizeilichen Gründen weder verlangt, noch in einem gerichtlichen Verfahren verlangt werden könnte. Hier ist lediglich der Inhalt des Protokolls und der Umstand entscheidend, dass es sich bei Aufnahme desselben um eine Baucommission gehandelt hat, was nicht bezweifelt werden kann. Deshalb ist es auch gleichgiltig, ob eine baupolizeiliche Erledigung des Protokolls erflossen ist oder nicht. Die Einwendung, dass T zur Abgabe jener Erklärung, soweit sie das öffentliche Gut betrifft, nicht berechtigt war, ist nicht zu beachten; denn, hat es T unterlassen, ehe er jene Erklärung abgab, den Beschluss des GemA. einzuholen, so hat er dies zu vertreten; keineswegs kann dies für den Gekl. einen Rechtsverlust zur Folge haben, welcher vollkommen befugt war, anzunehmen, dass T bei Abgabe jener Erklärung legal vorgegangen sei, zumal Gekl. ordnungsmässig bei der Gemeinde um die Baubewilligung eingeschritten ist und daher erwarten durfte, dass die Gemeinde alles vorkehren werde, was zur Wahrung ihrer Rechte erforderlich ist. Aber auch der Hinweis der Gemeinde darauf, dass in dem Protokolle v. 17. Nov. 1876 erklärt wird, die Brücke werde auf dem dem Gekl. gehörigen Grund errichtet, ist vergeblich, weil in dem Gesuche Nr. 4 eine derartige Erklärung nicht enthalten ist und die Gemeinde schon aus dem diesem Gesuche angeschlossenen Bauplane, insbesondere aber bei der Commission selbst, durch ihren Vertreter wahrnehmen musste, dass es sich um einen Bau auf den Gemeindegrundstücken handle, was sich auch aus der ganzen, im Processe entwickelten örtlichen Lage ergiebt. Aber selbst, wenn aus dem Gesagten eine ausdrückliche Einwilligung der Gemeinde zu dem Brückenbaue nicht abgeleitet werden wollte, muss der Gekl. als redlicher Bauführer angesehen werden, weil er nach dem geschilderten Vorgange bei der Baucommission und bei dem Umstande, dass der Bau in der Gemeinde offenbar wahrnehmbarer Weise begonnen und ausgeführt wurde, ohne dass die Gemeinde dagegen Einsprache erhob, zum mindesten annehmen konnte und musste, dass letztere damit einverstanden sei. Dass die fragliche Brücke als ein Gebäude im Sinne der §§ 417 bis 419 bGb. anzusehen sei, kann nicht bestritten werden, weil das Gesetz den Begriff eines Gebäudes nicht auf einen zum Bewohnen bestimmten Raum beschränkt, sondern unter Ge-

bäude Alles versteht, was vermittelst des Baues mit dem Erdboden in dauernde Verbindung gebracht wird. Da nun die Gemeinde von dem Baue offenbar wusste und ihn nicht sogleich untersagte, könnte sie gemäss § 418 bGb. nur den Ersatz des gemeinen Werts des zu der Brücke verwendeten Grundes, keineswegs die Beseitigung der Brücke verlangen.

Der OGH. bestätigte das o. g. U., in der Erwägung, dass, wie das OLG. in seiner Begründung ganz richtig hervorgehoben hat, die kl. Gemeinde von dem unternommenen und durchgeführten Brückenbaue Kenntnis hatte und dagegen keine Einsprache erhob, derselben somit gemäss § 418 bGb. nur das Recht zustand, den Ersatz des gemeinen Werts für den Grund, nicht aber das Wegräumen des Bauobjects zu verlangen.

293.

Wohnungsrecht oder Fruchtniessung? Unstatthaftigkeit des Zugriffs auf das Wohnungsrecht.

(E. 5. Juni 1889, Z. 6664.)

Das erstr. bewilligte Begehren des A um Vormerkung des exec. Pfandrechts für die zu Gunsten des B auf dem Wohnhause x einverleibte Dienstbarkeit der Wohnung nach den Bestimmungen des dritten Absatzes des Kaufvertrags v. 28. April 1888, insoferne diese Dienstbarkeit über den Rahmen des persönlichen Gebrauchs hinausgeht, dann um die sicherstellungsweise Sequestration dieser Dienstbarkeit und Anmerkung der sicherstellungsweisen Sequestration der Nutzungen der Dienstbarkeit der Wohnungen, wurde vom OLG. abgewiesen, weil die Dienstbarkeit der Wohnung ein höchstpersönliches Recht, das auf andere Personen weder übertragen werden kann noch darf und weil die Servitut der Wohnung wie jede andere Servitut nicht theilbar ist und dieselben Localitäten, auf welche dem B das Wohnungsrecht zusteht, auch Objecte des Wohnungsrechts der C sind.

Der OGH. bestätigte die o. g. E., weil nach dem dritten Absatze des Kaufvertrags v. 28. April 1888 dem B und dessen Gattin C das Wohnungsrecht bezüglich bestimmter Localitäten zwar uneingeschränkt, jedoch nur für ihre Person eingeräumt wurde, dieses Recht auf das persönliche Bewohnen und Benützen der bezüglichen Localitäten Seitens der Berechtigten eingeschränkt und keineswegs in dem Rechte, diese Localitäten auch an dritte Personen zu überlassen besteht, hienach in dem Wohnungsrechte des B nicht die Dienstbarkeit der Fruchtniessung, sondern nach §§ 504 und 521 bGb. nur die Dienstbarkeit des Gebrauchs erblickt werden kann, diese Dienstbarkeit aber, weil nach § 507 bGb. unübertragbar, daher ausser Verkehr stehend und an sich keine Früchte gewährend, sowohl nach § 448 bGb. der Pfändung, als auch nach § 320 GO. der Sequestration entzogen ist.

294.

1. Voraussetzung für die Anfechtung einer Rechtshandlung in fraudem creditorum: Nachweis der Fraudulosität. — 2. Unanfechtbarkeit der Begünstigung eines Gläubigers ausserhalb des Concursverfahrens.

(E. 7. Mai 1889, Z. 4063. — II. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 461.)

Mit einer und derselben Anfechtungsklage begehrt Kl. A wider B, C und D die Unwirksamerklärung der Schuldurkunde ddo. 3. Febr. 1887, womit B der Tochter C die Forderung per 500 fl. verschrieb, welche mit Bescheid v. 4. Febr. 1887 auf der Realität der B für die C pfandrechtlich gesichert wurde, und der Cessionsurkunde ddo. 2. Nov. 1887, womit die C ihre Hypothekarforderung per 500 fl. an D abtrat und bücherlich übertrug. Die Gekl. bestreiten der Kl. das Recht zur Klage und die Grundhältigkeit derselben wegen Mangels der gesetzlichen Bedingungen zur Anfechtung von Rechtshandlungen. Der 1. R. gab dem Klagebegehren für den Fall statt, dass die Gekl. C und D den ihnen unrückschiebbar aufgetragenen Haupteid, dahin lautend, dass D an die C am Tage der

Errichtung der Cessionsurkunde die Cessionsvaluta von 500 fl. baar bezahlt habe, nicht ablegen sollten.

Vom OLG. wurde die Klage unbedingt abgewiesen. Gründe: Vor allem muss bemerkt werden, dass nach § 31, Abs. 3 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 36) im vorliegenden Falle die Anfechtung blos gegen C und D stattfindet, dass daher gegen B die Klage gar nicht zu richten war und rücksichtlich derselben abgewiesen werden musste, da citiertes Gesetz ihr gegenüber eine passive Klagslegitimation nicht einräumt; denn es handelt sich nach dem AnfG. nicht um die Vernichtung der Rechtshandlung, welche angefochten wird, sondern um die Herstellung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kl. und jener Person, gegen welche das Gesetz die Anfechtung zulässt. Der Schuldner selbst befindet sich nie unter jenen Personen, gegen welche eine Anfechtung zulässig ist, wohl aber sein Compaciscent und Rechtsnachfolger, daher nur die letzteren mit der Anfechtungsklage verfolgt werden können; denn nur diejenigen, die sich im Besitze des streitigen Rechts befinden, können zu dem Zwecke geklagt werden, damit ihnen dasselbe zu Gunsten des Kl. entweder abgenommen oder eingeschränkt werde, und es können andere betheiligte Personen im Streite nur als Zeugen oder Vertreter auftreten. Gegen den D steht der Kl. keine einjährige Frist zur Anfechtungsklage zu, weil hier keine der Bedingungen des § 30 des AG. vorhanden ist und Kl. es unterlassen hat, sich nach dem § 33 des AG. vorzusehen. Ebenso kommt der Kl. die im § 30, Abs. 4 des angef. Ges. erwähnte Erleichterung der Beweislast nicht zu statten; es obliegt ihr der volle Beweis darüber, dass B bei der angef. Rechtshandlung die Absicht hatte, die Kl. als ihre Gläubigerin zu schädigen und dass C und D zur Zeit ihrer Betheiligung an der Rechtshandlung von jener Absicht Kenntnis hatten. Was die Rechtshandlung zwischen B und C betrifft, so ist durch die Einantwortungsurkunde und den Grundbuchsauszug nach § 111 aGO. erwiesen, dass C einen väterlichen Erbsantheil hatte, der erst am 8. Nov. 1886 abquittiert worden ist. Es ist daher die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass die C dieses Capital und die früheren Zinsen davon ihrer Mutter geliehen hat, obwohl damit die Richtigkeit der Summe von 500 fl. nicht erwiesen ist. Mit den von den Gekl. gemachten, von der Kl. bestrittenen Angaben, dass B abgebrannt und Krüppel geworden ist, ihr deswegen von der C Darleihen gegeben worden sind, ist die Wahrheit dieser Umstände nicht erwiesen, allein die Beweislast obliegt nicht den Gekl.; dort, wo es sich darum handelt, die Ueberzeugung des Richters zu gewinnen, genügt nicht das blosse klägerische Bestreiten von Umständen. Hiemit ist der Kl. die Richtung angedeutet, wie ihre Beweise durchzuführen seien. Ob B nicht abgebrannt ist, ob sie keine Körperschäden erlitten hat, lässt sich durch Zeugen leicht beweisen. Kl. selbst hat zugegeben, dass sich B in Geldverlegenheiten befand und es ist natürlich, wenn ihr ihre Tochter ausgeholfen hat. Es kann daher die Ueberzeugung nicht gewonnen werden, dass C an den ihr verschriebenen 500 fl. gar nichts zu fordern habe und Kl. hat es nicht versucht, Beweise darüber anzubieten und durchzuführen, welcher geringere ziffermässige Betrag von jenen 500 fl. zum Scheine verschrieben worden ist. Nachdem nun nicht erwiesen ist, wie viel von dem streitigen Betrage zum Nachtheile der Kl. verschrieben wurde, kann weder eine Absicht der B, noch die Kenntnis davon der C zugerechnet werden, wie es § 29 des cit. Ges. erfordert, und das blosse Zuvorkommen einem anderen Gläubiger gegenüber, ausser dem Falle des Concurses, solange die Forderung zu Recht besteht, fällt nicht unter die Bestimmung des § 29 des cit. Ges. Wenn die Kl. behauptet, dass dem D alle Verhältnisse der Dorfbewohner von T bekannt sind, muss angenommen werden, dass ihm auch bekannt war, dass C die oberwähnte verzinsliche Forderung gegen B hätte. Kl. behauptet weiter, dass D bei den Feilbietungstagsatzungen den Grundbuchsauszug eingesehen hat und da musste er doch ersehen, dass die Forderung der C schon seit 4. Febr. 1887 auf jener Realität frei haftet und dass Kl., welche mit dem Feilbietungsgesuche den Grundbuchsauszug vorgelegt hat, mindestens seit dem 20. Juli 1887 von dem Bestande der Forderung Kenntnis habe. Der Umstand, dass D die vom § 31, Abs. 3 ad a AG. geforderte Kenntnis hatte, soll auch mit dem bewiesen werden, dass die Angabe der Cessionsurkunde vom 2. Nov. 1887, es habe D den ganzen Cessionsbetrag per 500 fl. an diesem Tage der C ausbe-

zahlt, unwahr ist und dass daher die Cessionsurkunde nur zum Scheine errichtet worden ist, worüber den Gekl. der unrückschiebbare Haupteid auferlegt worden ist. Allein der Umstand, dass die Cessionsvaluta nicht gerade am 2. Nov. 1887 und nicht im vollen Nominalwerte bezahlt worden ist, wenn dies auch durch Nichtablegung des Haupteides erwiesen werden sollte, ist noch nicht entscheidend, da damit nicht ausgeschlossen ist, dass die Zahlung an einem anderen Tage und in einem anderen verhältnismässigen Betrage geleistet worden ist, und ist nicht die notwendige Folge davon, dass die Zahlung absolut nicht stattgefunden hat. Gegenüber den angeführten, zu Gunsten der Gekl., bez. des D sprechenden Umständen kann die Ueberzeugung von der Wahrheit dessen, was der 1. R. zur Begründung des Klagsanspruchs als erwiesen annahm, nicht gewonnen werden. Kl. hat auch nicht behauptet, dass sie auf das bewegliche Vermögen der B Execution geführt hat, dass diese Execution keinen vollen Erfolg hatte und keinen Erfolg haben könnte, daher hat Kl. der Vorschrift des § 32 AG. nicht entsprochen.

Der OGH. fand das o. g. U. in der Erwägung zu bestätigen, dass durch die Thatsache allein, dass die Schuldnerin für eine wirkliche Forderung ihrer Tochter zum wissentlichen Abbruche der Einbringlichkeit der kl. Forderung das Pfandrecht eingeräumt und die Tochter ungeachtet der ihr bekannten Vermögenslage der Mutter das Pfandrecht erwirkt hat, wohl eine Bevorzugung der Tochter vor der Kl., aber keineswegs die im § 29 AG. im Gegensatze zu § 5 gemeinte auch ausserhalb des Concursverfahrens anfechtbare Benachtheiligung der Gläubiger überhaupt stattgefunden hätte, indem durch eine derartige Bestellung des Pfandrechts für eine wirkliche Schuld weder die frühere Zahl der Schulden vermehrt noch der Vermögensstand vermindert, sondern lediglich eine ausserhalb des Concursverfahrens nicht anfechtbare allfällige Begünstigung eines Gläubigers vor dem anderen vorgenommen worden wäre. Dass aber die C die Summe von 500 fl. an ihre Mutter nicht zu fordern hatte, was zu beweisen und nicht blos mehr oder weniger wahrscheinlich zu machen nach den §§ 29 und 48 AG. allerdings der Kl. obgelegen wäre, wurde von derselben nicht festgestellt, sondern lediglich in der unzureichenden Form des Widersprechens der von den Gekl. selbst vorgebrachten und dem Pfandrechte zu Grunde gelegten Abrechnungsforderung geltend gemacht. Mangelt aber die Nachweisung, dass die Einverleibung des Pfandrechts für C auf einem Scheingeschäfte beruhte und lässt sich wegen dieses Mangels das Pfandrecht wider die C nicht anfechten, dann entbehrt auch der Anfechtungsanspruch wider ihren Rechtsnachfolger nach § 31 Abs. 3 der Grundlage und ist nicht weiter zu untersuchen, ob eine Cessionsvaluta gegeben wurde oder nicht.

295.

Wirkungen des Cautionsbandes: Voraussetzung für die Rückforderung einer bestellten, und für den Rückbehalt einer empfangenen Pachtcaution.

Vgl. Bd. II Nr. 227; Bd. III Nr. 42; Bd. V Nr. 142.

(E. 14. Nov. 1888, Z. 10172.)

Gründe: Die Pachtcaution per 500 fl., deren Rückstellung seitens der Kl. begehrt wird, ist das Pfand für die aus dem Pachtverhältnisse dem Gekl. als Verpächter entstandenen Rechtsansprüche. Es obliegt nun den das Pfand rückfordernden Kl. allerdings anzuführen, dass sie den im Pachtvertrage festgesetzten bestimmten Verpflichtungen nachgekommen sind. Dies zu behaupten haben die Kl. unternommen und ihre Behauptungen unter Beweis gestellt. Insoweit der gekl. Pfandgläubiger diese Behauptungen widerspricht, trifft nach allgemeinen processualischen Grundsätzen die das Pfand rückfordernden Kl. die Last des Beweises Dagegen obliegt anderseits dem Pfandgläubiger, wenn er vermeint, dass ihm bestimmte, durch das Pfand zwar sichergestellte, im Pachtvertrage aber nicht ziffermässig angeführte Forderungen entstanden sind, nicht nur die Existenz, sondern auch die Ziffer dieser Forderungen, wie beispielsweise eines Schadenersatzanspruches, zu behaupten und demgemäss zu beweisen. Hienach sind die vom Gekl. der Klage entgegengesetzten Ansprüche zu beurtheilen. Nachdem das Pfand

eine bestimmte Summe Geldes bildet und das Pachtverhältnis überhaupt aufgelöst worden ist, das Pfand daher rückzustellen ist, besteht kein Hindernis, von dieser Geldsumme den sichergestellten Theilbetrag in Abrechnung zu bringen, den abgerechneten Betrag in den Händen des Pfandgläubigers als Zahlung zu belassen und den Rest dem Erleger des Pfands rückzustellen, es ist vielmehr diese Abrechnung eine endgiltige Lösung des Rechtsverhältnisses ohne die Interessen eines oder des anderen Theils zu schädigen. Eine durch das Pfand gedeckte Forderung des Gekl. aus dem Pachtvertrage besteht nicht mehr; insbesonders ist hieher der angebliche Pachtzins für die ausserhalb des Pachtübereinkommens und nach Auflösung desselben erfolgte Benützung eines Theils des Pachtobjects nicht zu rechnen. Die aus diesem abgesonderten Rechtsverhältnisse etwa entstandene Forderung des Gekl. ist als Gegenforderung auch zur Compensation nicht geeignet, weil deren Entstehung und Ziffer bestritten ist und überdies deren eventuelle Erlöschung infolge einer weiteren Gegenforderung der Kläger eingewendet wurde. Ausserhalb des Kreises der durch Pfand sichergestellten Forderungen des Gekl. steht dessen durch executionsfähige Urkunden voll bewiesene Kaufpreisforderung von 76 fl. mit Nebengebüren. Diese Forderung ist eine zweifellos richtige Gegenforderung des Gekl., ist gleicher Art, wie die Forderung an Baargeld der Kl. und fällig; es ist daher die gegenseitige Aufhebung der beiden Forderungen, insoweit sich dieselben decken, eingetreten und beinhaltet diese Compensation keineswegs ein ungerechtfertigtes Retentionsrecht, sondern eine gesetzliche Art der Erlöschung der Klagsforderung.

296.

Rücktritt von der Wohnungsmiete wegen Unreinlichkeit der Wohnung.

Vgl. Bd. I Nr. 11.

(E. 12. Feb. 1889, Z. 882.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Klage auf Aufhebung des Mietvertrags wurde vom OLG. stattgegeben aus folgenden höchstrichterlich gebilligten Gründen: Der Kl. hat durch Zeugen nach § 137 aGO. erwiesen, dass die fragliche Wohnung in ganz ausserordentlicher Weise von Wanzen besetzt war. Ist es auch richtig, dass dieses Ungeziefer sich vertilgen und aus jeder Wohnung vertreiben lässt, so kann doch nicht behauptet werden, wie der Erstrichter annimmt, dass eine Wohnung, so lange sich solch' ausserordentliche Menge von Wanzen darin befindet, zu dem ordentlichen Gebrauche tauglich sei, auch dann nicht, wenn dieser Gebrauch blos zum Zwecke der ärztlichen Untersuchung von Prostituierten stattfindet. Es kann doch einem Arzte nicht zugemutet werden, dass er in einer solchen Wohnung die zu deren Gebrauche nötigen Möbeln belässt und selbe der Verwanzung aussetzt; ebensowenig, dass er dort die erwähnten Amtshandlungen vornimmt und sich und die Prostituierten diesem lästigen und ekelhaften Ungeziefer preisgiebt. Es darf auch nicht übersehen werden, dass die Vornahme der Untersuchung in einer so unreinen Wohnung den untersuchten oder zu untersuchenden Personen gegründeten Anlass zur Beschwerde geben würde. Kann es daher keinem Zweifel unterliegen, dass die Gekl. die Bestandsache dem Kl. nicht in einem zum ordentlichen Gebrauche tauglichen Zustande übergeben haben, so ist auch dargethan, dass Kl. nach § 1117 bGb. berechtigt war, von dem Vertrage abzustehen und einen im Vorhinein für ein Vierteljahr bezahlten Mietzins per 36 fl. zurückzufordern. Der Erstrichter behauptet, dass Kl. deshalb, weil er mit der gerichtlichen Aufkündigung de praes. 13. August 1888 den Mietvertrag mit dem Bedeuten gekündigt habe, dass er bis zum November d. J. in der Wohnung bleibe, die Aufhebung dieses Vertrags nicht mehr fordern könne, da er sich ja dieselbe in der Aufkündigung nicht vorbehalten habe. Allein es kann dieser vorbehaltlosen Aufkündigung nicht der Sinn beigelegt werden, dass Kl. auf sein ihm nach § 1117 bGb. zustehendes Recht, vom Vertrage abzustehen, verzichtet hätte (§ 863 bGb.), sondern nur, dass er von seinem vertragsmässigem Rechte der Kündigung bis November 1888 Gebrauch mache. Diese Kündigung kann also nicht im Wege stehen, die Aufhebung jenes Vertrags, auf Grund dessen selbe erfolgt ist, anzustreben und die sich daraus ergebenden Ansprüche zur Geltung zu bringen.

297.

Begriff der Geschäftsvermittlung; Umfang des Anspruchs des ersten Vermittlers auf die Provision, wenn das Geschäft später durch Vermittlung eines Anderen zustande gekommen ist.

Vgl. Bd. I Nr. 119. 562; Bd. II Nr. 5. 45; Bd. III Nr. 143. 382; Bd. V Nr. 9; Bd. VI Nr. 275.

(E. 2. Oct. 1888, Z. 13765. — JBl. 31.)

Die vom 1. R. gänzlich aberkannte Provision wurde vom OLG. und dem OGH. zur Hälfte zuerkannt, vom letzteren aus folgenden Gründen: Wenn auch dem Kl. A (Cessionär des C) die angesprochene Provision per 812 fl. nicht im vollen Betrage zuerkannt werden konnte, weil das betreffende Kaufgeschäft ohne Intervention des C zustande gekommen ist, so liegt doch erwiesen vor, dass C von dem Gekl. mit dem Verkaufe des dem Letzteren gehörigen Hauses unter Zusicherung einer Provision von zwei Percent des Kaufschillings beauftragt war und dass derselbe infolgedessen nicht nur dem Gekl. die Eheleute X, an welche das erwähnte Haus im Oct. 1886 um den Preis von 40.600 fl. thatsächlich verkauft worden ist, namhaft gemacht, sondern auch mit diesen Eheleuten Kaufunterhandlungen gepflogen hat. Dass die erwähnte Auftragsertheilung stattgefunden hat, ergiebt sich . . . . (folgt die Erörterung verschiedener Beweismittel). Daraus ergiebt sich, dass hier alle Erfordernisse zur Anwendung des § 1155 bGb. vorhanden sind, wonach auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zustande gekommen sind, der bestellten Person eine angemessene Entschädigung gebührt, wenn sie das Geschäft zu verrichten bereit war und von dem Besteller daran verhindert worden ist; und nachdem für die erwiesenen Leistungen des C, welcher, wenn er auch bei dem Kaufabschlusse nicht selbst mitgewirkt hat, doch jedenfalls eine wesentliche Grundlage zu demselben dargeboten hat, der o. g. zuerkannte Theilbetrag von 406 fl. allerdings als eine angemessene Entschädigung zu betrachten ist, der Gekl. aber es sich nur selbst zuzuschreiben hat, wenn er dadurch, dass er sich im letzten Momente eines zweiten Vermittlers bediente, nunmehr benachtheiligt erscheint, musste mit Verwerfung seiner Beschwerde das o. g. U. bestätigt werden.

298.

Zum Begriffe „Dienstbote" im Sinne des § 1172 bGb. und der Dienstbotenordnungen. Umfang der Pflicht des Dienstherrn bei Erkrankung des Dienstboten.

(E. 1. Mai 1889, Z. 4763, III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 458.)

Med. Dr. A beansprucht vom Gekl. B den Ersatz von 116 fl. für die ärztliche Behandlung und Verpflegung und von 6 fl. für den Transport nach Hause des im Dienste des Gekl. gestandenen, auf einer Fahrt verunglückten Kutschers N. Der Gekl. bestreitet, dass N. vom Kl. ärztlich behandelt und verpflegt wurde und wendet insbesondere ein, dass N von dem Gekl. nur gegen wöchentlichen Lohn per 5 fl. 50 kr. ohne Wohnung, ohne Kost und ohne Verpflegung aufgenommen war, daher derselbe nicht als Dientbote anzusehen ist und Gekl. weder nach § 20 des Ges. v. 7. April 1866 (LGB. für Böhmen Nr. 11) noch nach § 1042 bGb. zu einem derartigen Ersatze verpflichtet sei.

Der 1. R. machte das Obsiegen des Kl. von der Nichtablegung des Haupteides des Gekl. über die oberwähnten Dienstverhältnisse des N, bez. von der Ablegung des Haupteides des Kl. über die erfolgte Behandlung, Verpflegung und den Transport des N abhängig, und zwar aus Gründen: Die Einwendung des Gekl. ist begründet; denn im Gesetze ist eine Definition des Begriffs „Dienstbote" nicht enthalten. Aus der Vergleichung der §§ 10 und 16 des Ges. v. 7. April 1866 (LGB. für Böhmen Nr. 11) und zahlreicher Stellen des bGb. und des StG. ergeben sich nachstehende wesentliche Merkmale dieses Begriffs: 1. die Verpflichtung zur Leistung von Haus- oder Feldarbeiten, 2. die Aufnahme in den Haushalt des Arbeitsgebers, 3. die Verpflichtung zur ausschliesslichen Dienst-

leistung für den Arbeitsgeber. Auf das Dienstverhältnis zwischen N und dem Gekl. findet nur das Merkmal ad 3 Anwendung. Die Merkmale ad 1 u. 2 würden nur dann vorhanden sein, wenn erwiesen würde, dass N von dem Gekl. Wohnung und Kost erhalten hat; denn nur in diesem Falle kann von einer dem B als Dienstherrn obliegenden Verpflichtung die Rede sein und nur in diesem Falle hätte er auf Besorgung der Pflege und Heilung im Erkrankungsfalle seitens des Dienstherrn Anspruch gehabt. Demnach wurden die vom Gekl. behaupteten Umstände, aus denen sich ergiebt. dass N kein Dienstbote des Gekl. im eigentlichen Sinne des Worts war, unter Beweis gestellt.

Das OLG. hat über Appellation beider Theile den Zuspruch des Ersatzes von 116 fl. von der Ablegung des Haupteides des Kl. über das Factum der ärztlichen Behandlung und Verpflegung des N abhängig gemacht und die Klage bezüglich des Betrags von 6 fl. für den Transport des N unbedingt abgewiesen. Gründe: Aus den vom Gekl. selbst angeführten thatsächlichen Umständen geht hervor, dass N zur Zeit seiner Verunglückung sein Dienstbote war; denn vermöge seiner Beschäftigung als Kutscher war er an den Haushalt oder doch an die Wirtschaft des Gekl., da Pferde selbst bei Nacht Aufsicht benöthigen, bleibend gebunden, war nicht gegen Taglohn, sondern gegen Wochenlohn, also unter Voraussetzung einer längeren Dienstzeit, gedungen und vermag der einzige Umstand, dass er statt der effectiven Beköstigung einen grösseren Geldlohn erhielt, an der Eigenschaft des Dienstboten, für welche alle übrigen Umstände sprechen, nichts zu ändern. Gekl. hat nicht behauptet, dass er dem Kl. nach vierwöchentlicher Krankheit des N angezeigt hätte, dass er diesen aus dem Dienste entlassen habe und muss daher die ihn treffende Verpflichtung auf die ganze Krankheitsdauer des N bezogen werden. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1042 bGb. kann sich der Klagsanspruch nicht auf die Kosten der Fahrt des N erstrecken, weil der Kl. nicht einmal angedeutet hat, aus welchem Grunde der Gekl. diesen Aufwand nach dem Gesetze hätte machen müssen. Aufliegend ist, dass unter dem Begriffe des Aufwandes nach § 1042 bGb. auch der Ersatz für die dem N geleistete ärztliche Behandlung fällt, weil dem Arzte dafür eine Entlohnung gebürt und sich sonach diese Leistung als ein Aufwand darstellt, den der Anspruch des Arztes auf die Entlohnung repräsentiert. Nachdem nun laut § 20 des Ges. v. 7. April 1866 (LGB. für Böhmen Nr. 11) der Dienstherr auch für die Heilung des Dienstboten zu sorgen hat, ist Gekl. verpflichtet, das Aequivalent des Aufwands, welchen der Kl. für den Gekl. gemacht hat, zu ersetzen.

Der OGH. bestätigte das U. des OLG. aus folgenden Gründen: Die ordentliche Revision des Gekl. erscheint nicht gerechtfertigt; denn weder im bGb. noch in der hier nach § 1172 bGb. maassgebenden Dienstbotenordnung für Böhmen vom 7. April 1866 (LGB. Nr. 11) wird der Begriff eines Dienstboten definiert. Die vom Gekl. aufgestellte Definition dieses Begriffs findet im Gesetze und insbesondere in der obigen Dienstbotenordnung keinen Anhalt. Wohl erlangt nach § 16 DO. der Dienstbote durch den Eintritt in den Dienst die Mitgliedschaft an der Hausgenossenschaft und wird derselbe unter die besondere Aufsicht des Dienstherrn gestellt Allein die Dienstboteneigenschaft ist weder durch einen ununterbrochenen Aufenthalt im Hause des Dienstherrn noch durch die Verpflichtung zur Verrichtung aller häuslichen oder landwirtschaftlichen Arbeiten für den Dienstherrn noch durch den Bezug der Kost, durch eine im voraus bestimmte Dauer des Dienstvertrags, oder durch die Zahlungsfrist des Lohnes bedingt, wie dies aus den Bestimmungen der §§ 9, 11, 12, 16, 18 und 19 DO. hervorgeht. Wenn nun das OLG. den N wegen der vom Gekl. eingestandenen Eigenschaft eines Kutschers als Dienstboten des Gekl. ansieht, so steht dies weder mit den Bestimmungen der Dienstbotenordnung, noch mit dem allgemeinen Sprachgebrauche im Widerspruche, weshalb auch die Beseitigung des im erstr. U. zugelassenen Haupteides gerechtfertigt erscheint. War aber N ein Dienstbote des Gekl., dann ist es nach § 20 DO. gesetzliche Pflicht des Gekl. gewesen, für dessen Pflege und Heilung zu sorgen. Wenn nun Gekl. von der Berechtigung zur Entlassung des N nach Ablauf von vier Wochen keinen Gebrauch gemacht hat und N vom Kl. ärztlich behandelt und verpflegt wurde, dann ist der Gekl. nach § 1042 bGb. auch verpflichtet, dem Kl. den Aufwand zu ersetzen, zumal

zu demselben auch die dem Kl. gebürende Entlohnung für die ärztliche Behandlung gehört. Das Nichtverschulden der Erkrankung des N von Seite des Gekl. kann diesen von der gesetzlichen Pflicht, für dessen Pflege und Heilung zu sorgen, nicht entbinden, sondern ihn nur zu einem Abzug am Lohn berechtigen; der Gekl. hat auch nicht behauptet, dass eine anderweitige Unterbringung des erkrankten N ohne Gefahr für denselben überhaupt möglich war und von ihm auch nur versucht wurde (§§ 20 u. 22 DO.)

299.

Condictio indebiti. Rückforderung der dem durch ein Delict Beschädigten von einem Dritten behufs Straflosstellung des Schuldigen geleisteten Entschädigung in dem den festgestellten Schaden übersteigenden Betrage.

(E. 21. Nov. 1888, Z. 12751.)

Der vom 1. R. abgewiesenen Klage der A gegen B auf Rückzahlung von 300 fl. wurde vom OLG. rücksichtlich des Betrags von 275 fl. stattgegeben. Gründe: Die Kl., welche mit dem Gekl. in keinem wie immer gearteten obligatorischen Verhältnisse stand, hat an denselben 300 fl. gezahlt in der Meinung, hiedurch ihrem wegen Diebstahls an dem Gekl. in strafgerichtlicher Untersuchung stehenden Schwager X Straflosigkeit zu verschaffen, und in dem Glauben, welcher von dem Gekl. durch die Annahme der 300 fl. bestärkt wurde, dass der dem Gekl. durch X zugefügte Schade 300 fl. betrug. Mag nun die erstere Meinung als Beweggrund der Zahlung einen Rückforderungsanspruch nicht begründen (§ 901 bGb.), so ist doch die Thatsache, dass die Kl. dem Gekl. einen Schaden ersetzt hat, von dem sie mit Grund glauben konnte, dass er ihm factisch zugegangen sei, dann ein genügender Grund zur Rückforderung nach § 1431 bGb., wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schade des Gekl. den als Schadensgutmachung bezahlten Betrag bei weitem nicht erreicht hat, weil die Zahlung in diesem Falle aus Irrtum erfolgt wäre. In dieser Beziehung ist nun durch das U. des k. k. LG. W. erwiesen, dass X wegen Verbrechens des Diebstahls, begangen an dem Gekl. in einem zwar 5 fl., jedoch nicht 25 fl. übersteigenden Betrage verurtheilt wurde, dass daher der Schade, welcher dem Gekl. durch X zugieng, höchstens 25 fl. betrug. Die Motive des Strafurtheils begründen die Berechnung der Schadensziffer, welche nach den Angaben des Gekl. sich über 25 fl., jedoch unter 300 fl. stellen würde, mit der schwankenden unzuverlässigen und daher nicht vertrauenswürdigen Deposition des Gekl. Dass bei diesem Sachverhalte eine höhere Schadenssumme, als die im U. fixierte weder durch den Haupteid noch durch den Schätzungseid des Gekl. auch im Civilrechtswege nicht erwiesen werden kann, ist klar und der Schätzungseid insbesondere nach § 214 und 217 aGO. unzulässig. Nachdem die Kl. dem Gekl. durch die Zahlung der 300 fl. den ihm durch X zugegangenen Schaden vergüten und demselben kein Geschenk machen wollte, so kann sie den Mehrbetrag über den wirklichen Schaden, welcher nur mit 25 fl. angenommen werden kann, als im Irrtum geleistet, somit den Betrag von 275 fl. nach § 1431 bGb. zurückfordern. Dass der Irrtum durch den Gekl. hervorgerufen wurde, ist im Falle der condictio nach § 1431 bGb. nicht notwendig, daher der § 875 bGb. im vorliegenden Falle nicht anwendbar. Ebensowenig finden die §§ 1385 und 1386 bGb. Anwendung, weil zwischen den Streittheilen ein Vergleich über zweifelhafte oder streitige Rechte niemals abgeschlossen wurde. Es ist daher das Klagebegehren bis zur Höhe von 275 fl. begründet und wurde demselben insoweit Folge gegeben.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Mit Recht ist in den o. g. Entscheidungsgründen darauf hingewiesen worden, dass die Kl. mit der Zahlung von 300 fl. dem Gekl. nur einen Ersatz für den ihm durch X zugefügten Schaden leisten, keineswegs aber ihm damit ein Geschenk machen wollte, dass daher, nachdem durch das bereits rechtskräftige strafgerichtliche U. v. 4. Nov. 1886 nunmehr festgestellt ist, dass der dem Gekl. von X zugefügte Schade sich höchstens auf 25 fl. belaufe, die Kl. berechtigt ist, den Mehrbetrag von 275 fl. nach § 1431 bGb. als aus Irrtum indebite geleistet von dem Gekl. zurückzuverlangen. Wenn der Gekl. in der Revisionsbeschwerde angiebt, dass er mit Rücksicht auf

die ihm von der Kl. geleistete Entschädigung per 300 fl. bei der gegen X wegen Verbrechens des Diebstahls gepflogenen Hauptverhandlung denselben zu entlasten gesucht habe, und dass es nur dadurch geschehen sei, dass der ihm von X zugefügte Schade nur mit einem 25 fl. nicht übersteigenden Betrage angenommen wurde, während sein Schade sogar mehr als 300 fl. betrage, so kann hierauf kein Bedacht genommen werden, weil der Gekl. durch den von ihm bei der Hauptverhandlung abgelegten Eid verpflichtet war, über Alles, worüber er von dem Gerichte werde befragt werden, die reine und volle Wahrheit und nichts als die Wahrheit auszusagen, und er aus einer Verletzung dieser seiner beschworenen Pflicht offenbar keinen Anspruch für sich ableiten darf. Ebensowenig kann sich der Gekl. auf das von ihm als Vergleich bezeichnete, bei dem k. k. LG. Wien in Strafsachen am 8. Nov. 1886 mit ihm und dem verurtheilten X aufgenommene Protokoll berufen, in welchem er mit Rücksicht darauf, dass er von der Kl. in Ansehung des ihm durch die Diebstähle des X zugegangenen Schadens durch die Bezahlung eines Schadenersatzbetrages von 300 fl. wenigstens zum Theile schadlos gehalten wurde, erklärt, dass er auf die bei Gericht erliegenden Gold- und Silberstücke, sowie auf die sonstigen Edelsteine und Pretiosen keinen Anspruch mehr erhebe und damit einverstanden sei, dass sämmtliche Depositen, auch die von X selbst als von ihm entwendet bezeichneten Gegenstände dem X ausgefolgt werden können, womit Letzterer einverstanden war. Denn dieses Einverständnis hat auf die Kl., welche dabei weder anwesend war, noch sonst mitgewirkt hat, überhaupt keinen rechtsverbindlichen Einfluss und für die von X als ihm entwendet bezeichneten Gegenstände hat der Gekl. bereits durch jene 25 fl., welche er auch nach dem o. g. U. zurückzubehalten berechtigt ist, die volle Entschädigung erhalten.

300.

Causalität: Haftpflicht der Eisenbahnunternehmung für das von ihrem Bediensteten bei seiner Dienstleistung infolge der Witterungsverhältnisse sich zugezogene Leiden und für den dadurch bedingten Schaden?

(E. 26. April 1889, Z. 4071.)

A. pensionirter Conducteur der X-Eisenbahngesellschaft, klagte diese auf Zahlung eines Schmerzensgeldes per 3000 fl. und einer lebenslänglichen jährlichen Pension per 745 fl. vom Tage der Diensteskündigung an, und begründete diese Ansprüche damit, dass er, als Conducteur der Gesellschaft, sehr oft und sogar im leidenden Zustande gezwungen gewesen sei, bei den ungünstigsten Witterungen den Fahrdienst als Bremser auf ganz offenen, dem menschlichen Körper nicht den geringsten Schutz gegen die schädlichen Witterungseinflüsse bietenden Waggons zu verrichten, wodurch er sich einen heftigen Rheumatismus des linken Oberarms, welcher auch ärztlich constatiert wurde (A), zugezogen habe. Die Klage wurde vom 1. R. abgewiesen. Gründe: Was zunächst das beanspruchte Schmerzensgeld betrifft, so hat nach § 1325 bGb. das Schmerzensgeld zur Voraussetzung, dass Jemand von einem Anderen am Körper verletzt worden sei. Da nun im vorliegenden Falle der Kl. nicht zu behaupten vermag, dass er von Organen der gekl. Gesellschaft, für welche letztere verantwortlich wäre, am Körper verletzt worden sei, entbehrt der Anspruch auf Schmerzensgeld jeder rechtlichen Begründung. Abgesehen vom § 1325 bGb. ist der fragliche Anspruch auf Schmerzensgeld, sowie der Anspruch auf eine lebenslängliche jährliche Pension von 745 fl., welche die Gesammtheit des Bezüge des Kl. zur Zeit seiner activen Dienstleistung bei der Diensteskündigung repräsentiert, auch nach § 1324 bGb. unhaltbar, weil, wenn Kl. bei der Verrichtung seiner reglementmässigen Dienstleistungen infolge äusserer Einflüsse (Witterungsverhältnisse) ein körperliches Leiden sich zugezogen hat, die gekl. Gesellschaft für diese äusseren von ihr unabhängigen Einflüsse nicht aufzukommen hat, dem Kl. kein Recht auf die Zuweisung eines leichteren Dienstes zustand und es seine Sache gewesen wäre, falls er den ihm zugewiesenen Dienst als seiner Gesundheit abträglich erachtete und seiner Bitte um Zuweisung eines leichteren Dienstes nicht willfahrt wurde, der gekl. Gesellschaft den Dienst zu kündigen.

Das OLG. bestätigte dieses U. in der Erwägung, dass aus dem von einem Privatarzte ausgestellten Zeugnisse nur der Umstand hervorgeht, dass Kl. mit Rheumatismus im linken Oberarm und mit Hüftenweh im rechten Oberschenkel behaftet sei, und dass er zu seiner vollkommenen Herstellung starken Luftzug und übermässige Anstrengung meiden müsse; dass, abgesehen von den in polnischer Sprache beigefügten, der Uebersetzung in die deutsche Sprache ermangelnden Zusätzen, aus diesem Zeugnisse keineswegs eine Erwerbsunfähigkeit des Kl. überhaupt, vielweniger denn eine solche von immerwährender Dauer zu entnehmen ist, sondern das Leiden des Klägers sich als ein heilbares darstellt; dass auch nicht der Fortbestand dieses Leidens zur Zeit der im Grunde des § 62 der gesellschaftlichen Dienstordnung dem Kl. intimierten einmonatlichen Kündigung des Dienstverhältnisses, nämlich am 28. Feb., rücksichtlich 31. März 1885, erwiesen wurde; dass ferner der Kl., wenn er ausser Stande war, den an ihn gestellten dienstlichen Antorderungen ohne Schädigung seiner Gesundheit zu entsprechen, von dem ihm zustehenden Rechte der Kündigung des Dienstes Gebrauch zu machen hatte, und wenn er dies nicht that, die Gefahren eines nachtheiligen Einflusses seiner Dienstobliegenheiten auf seine Gesundheit auf sich nahm und die gekl. Gesellschaft dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann.

Der a. o. Revisionsbeschwerde wurde keine Folge gegeben. Gründe: In den angef. EE. der ersten und zweiten Instanz kann weder eine von dem Kl. selbst nicht behauptete Nichtigkeit, noch eine offenbare Ungerechtigkeit wahrgenommen werden. Die Behauptung, dass die beiden unterger. U. auf verschiedener Begründung beruhen, findet ihre Widerlegung in der Hinweisung darauf, dass die zweite Instanz das erstr. U. aus dessen Gründen bestätigt hat, und wenn die zweite Instanz bemerkt, dass die dem ärztlichen Zeugnisse in polnischer Sprache beigefügten Zusätze der Uebersetzung in die deutsche Sprache ermangeln, so entspricht dies der Actenlage, da eine solche Uebersetzung thatsächlich nicht beigebracht worden ist. Uebrigens ist dieser Umstand für die Entscheidung ganz irrelevant, weil die erwähnten Zusätze eben nur denjenigen Krankheitszustand des Kl. bestätigen, von welchem das in deutscher Sprache ausgefertigte Zeugnis spricht; dass aber dieser Krankheitszustand selbst, nach der eigenen Darstellung des Kl., nicht durch ein der gekl. Gesellschaft zur Last fallendes Verschulden entstanden, daher auch nicht geeignet ist, die von dem Kl. aus diesem Titel gegen die gekl. Gesellschaft erhobenen Ansprüche zu begründen, wurde bereits in den Motiven der ersten und zweiten Instanz umständlich nachgewiesen.

301.

Erfordernisse der Syndicatsklage; ihre subsidiäre Natur. Bedingtheit des Anspruchs auf Schadenersatz gegen den Staat durch ein Disciplinarerkenntnis gegen die schuldtragenden richterlichen Beamten?

(E. 8. Mai 1889, Z. 700. — I. Senat. — Beil. z. JMVgdsbl. 462.)

In der Syndicatsklage der minderjährigen A gegen das Staatsärar wegen Ersatzleistung von 4000 fl. ö. W. s. NG. wird angeführt, dass mit Bescheid des st. del. BG. N der Vormund der minderjährigen A, Dr. Z, ermächtigt wurde, den für die Minderjährige gerichtlich erlegten Betrag von 4000 fl. zu erheben, hiefür Wertpapiere anzukaufen und dieselben gerichtlich zu deponieren. Der Vormund Dr. Z hat diesen Betrag erhoben und sich eigenmächtig zugeeignet. Bei dem BG. wurde die Angelegenheit nicht überwacht, Dr. Z starb und dessen Nachlass ist passiv. Bei dem offenbaren Verschulden der Beamten des BG. erscheint der Staat ersatzpflichtig. Die Finanzprocuratur wendete ein, dass die Kl. ihre Ersatzansprüche zunächst gegen den Nachlass des Vormunds Dr. Z geltend zu machen habe. Dieser habe die Acten aus der gerichtlichen Registratur eigenmächtig beseitigt. Ein Verschulden der Beamten sei nicht nachgewiesen; die gegen dieselben eingeleitete Disciplinaruntersuchung wurde eingestellt. Das OLG. wies das Klagebegehren ab, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Die Pflicht des Aerars zum Schadenersatze ist nach § 265 bGb. und § 1 des Ges. v. 12. Juli 1872 (RGB. 12) eine subsidiäre. Kl. hat nicht erwiesen, dass sie einen sonst uneinbringlichen Schaden in bestimmter Höhe erlitt. Ebensowenig ist das Verschulden

des Gerichts dargethan. Die Ermächtigung des Vormunds Dr. Z zur Erhebung des obigen Betrags war nach § 234 bGb. ganz gerechtfertigt, die Kl. hat sich selbst auf den Bescheid v. 24. Febr. 1885 berufen, nach welchem der Vormund Dr. Z die betreffenden Pupillaracten aus der gerichtlichen Registratur ohne Verschulden des Gerichts beseitigt und hiedurch die Aufsicht und Obsorge der Vormundschaftsbehörde unmöglich gemacht hat. Das Verschulden eines richterlichen Beamten kann nur durch ein Erkenntnis des zuständigen Disciplinargerichts festgestellt werden. Die Finanzprocuratur hat aber nachgewiesen, dass das Disciplinarverfahren gegen den damaligen Leiter, sowie gegen den Referenten des BG. nach § 16 des Ges. v. 21. Mai 1868 (RGB. 46) eingestellt worden ist.

Der OGH. hat das Staatsärar unbedingt schuldig erkannt, der Kl. von der Klageforderung per 4000 fl. ö. W. den Theil im Betrage von 2694 fl. 96 kr. ö. W. zu ersetzen und die Kl. hinsichtlich des Rests dieser Forderung per 1305 fl. 4 kr. ö. W., aber nur für dermalen abgewiesen, im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Es ist actenmässig erwiesen und unbestritten, dass das st. del. BG. N als Vormundschaftsbehörde der minderj. A den damaligen Vormund Dr. Z über sein Einschreiten ermächtigte, den für die genannte Pflegebefohlene erliegenden Betrag von 4000 fl. unmittelbar zu erheben, damit Pfandbriefe bestimmter Art anzukaufen, und dieselben ehestens gerichtlich zu deponieren. Es ist ferner erwiesen, dass Dr. Z den Betrag von 4000 fl. ausbezahlt erhalten hat, und es ist unbestritten, dass Dr. Z dem Auftrage zum Ankaufe und Erlage der erwähnten Pfandbriefe bis zu seinem Tode nicht nachgekommen, den erhobenen Betrag für seine Mündel nicht in Verwendung gebracht, und zu seinen Zwecken verbraucht hat. Angesichts dieser Thatsachen ist es zweifellos, dass die Kl. einen Schaden von 4000 fl. ö. W. erlitten hat. Durch die einschlägigen Pupillaracten und die im Disciplinarwege gepflogenen Erhebungen ist ausser Zweifel gestellt, dass der zum Zwecke der Ueberwachung des Vollzugs des dem Vormunde ertheilten Auftrags im § 240 des kais. Pat. v. 3. Mai 1853 (RGB. 81) vorgezeichnete Vorgang unterlassen, dass ferner gegen die Vorschrift der §§ 207 und 208 bGb. und des § 186 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) ein Waisenbuch nicht geführt; dass der Vormund gegen die Bestimmungen der §§ 238 und 239 bGb., dann der §§ 203, 204, 207 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) zur Rechnungslegung durch die ganze Zeit der geführten Vormundschaft nicht verhalten wurde, und dass das Vormundschaftsgericht auch bei der, der Kl. später ertheilten Ehebewilligung keinen Anlass gefunden hat, sich von dem Stande ihres Vermögens die Ueberzeugung zu verschaffen, wozu es nach § 190 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 verpflichtet war. Daraus geht unzweifelhaft hervor, dass der für die Kl. entstandene Schaden nur auf diese Unterlassungen der Beamten des BG. zurückzuführen ist, da angenommen werden muss, dass der Vormund, wenn die bezogenen Vorschriften eingehalten worden wären, zur Erfüllung des ihm ertheilten Auftrags gebracht und verhindert worden wäre, den erhobenen Betrag durch nahezu 9 Jahre unbehelligt zu behalten und für sich zu verwenden. Die Begründung des o. g. U., dass das Verschulden eines richterlichen Beamten nur durch ein Erkenntnis des Disciplinargerichts festgestellt werden könne, kann als zutreffend nicht erachtet werden. Denn die Klage wurde im vorliegenden Falle nicht gegen die schuldtragenden Beamten, sondern direct gegen den Staat gerichtet; es genügt nach § 2, Alinea 2 des Ges. v. 12. Juli 1872 (RGB. 112) der Beweis, dass die Rechtsverletzung nur durch Uebertretung einer Amtspflicht von Seite der richterlichen Beamten überhaupt erfolgen konnte; das Verfahren und die Entscheidung über eine Syndicatsklage ist, wie dies aus den §§ 12, 13 u. 14 des bezogenen Gesetzes hervorgeht, durch ein Disciplinarerkenntnis gegen die schuldtragenden Beamten nicht bedingt. Ebenso ist die Ersatzpflicht des Staats gesetzlich nicht nur auf die Fälle eingeschränkt, in welchen nichtehrliche Beamte eines Dienstvergehens schuldig erkannt wurden, vielmehr geht aus dem § 6 desselben Gesetzes hervor, dass die Verpflichtung zur Ersatzleistung auch schon durch die Ausserachtlassung der ihnen gesetzlich obliegenden Sorgfalt begründet wird, ohne dass es darauf ankommt, ob die Uebertretung der Amtspflicht sich nach dem § 2 des Ges. v. 21. Mai 1868 (RGB. 46) als ein Dienstvergehen, oder als eine blosse Ordnungswidrigkeit darstellt. Ebensowenig haltbar ist der darin gefundene Abweisungsgrund, dass das Referat und andere die Angelegenheit

betreffenden Schriftstücke aus der gerichtlichen Registratur beseitigt wurden und dadurch die Ueberwachung des Vormunds unmöglich gemacht worden sei, da die Erinnerung nach dem Betreibungsprotokoll, wenn sie nach §§ 240 und 241 GI. angeordnet und erstattet worden wäre, dem Referenten Anlass zu den entsprechenden Erhebungen und Verfügungen hätte geben können und sollen. Es ist wohl richtig, dass im Sinne des § 265 bGb. und des Ges. v. 12. Juli 1872 (RGB. 112) das vormundschaftliche Gericht, bez. der Staat für den aus der Uebertretung der Amtspflichten eines richterlichen Beamten einer Partei erwachsenen Schaden nur subsidiär haftet, wofür auch die Bestimmung des bezogenen Gesetzes spricht, dass die Syndicatsklage nur dann statthaft ist, wenn gegen den Schaden die im gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Mittel eine Abhilfe nicht gewähren, zu diesen Mitteln aber auch die Ersatzklage und die Execution wider den in erster Linie im Verschulden stehenden und zunächst verantwortlichen Vormund zu zählen ist. Es kann dies jedoch nur insoferne gelten, als die Erfolglosigkeit der Vorausklage gegen den Vormund nicht schon vorhinein ausser Zweifel steht. Nach den durch den Stand der Abhandlungsacten erwiesenen, übrigens von der Finanzprocuratur auch zugegebenen Anführungen der Kl. besteht das Nachlassvermögen nach Dr. Z nur noch in einem Baarbetrage von 396 fl. 98 kr. und in Activforderungen in der Gesammthöhe von 908 fl. 6 kr. ö. W. Demnach muss es als festgestellt gelten, dass die Kl. den Ersatz ihrer Forderung von 4000 fl. ö. W. s. NG. höchstens nur bis zum Maasse dieses Nachlassvermögens, d. i. im günstigsten Falle nur den Theil von 1305 fl. 4 kr., den Rest von 2694 fl. 96 kr. ö. W. aber im Wege der Klage und Execution gegen die Erben ihres Vormunds überhaupt nicht hereinzubringen vermag. Da nun dem Vorausgeschickten zufolge die Voraussetzungen der §§ 1 und 2 des Ges. v. 12. Juli 1872 hier zutreffen, und die Ersatzpflicht des belangten Aerars hinsichtlich des Theils der Klagforderung per 2694 fl. 94 kr. ö. W. begründet ist, so war dem Klagbegehren in diesem Maasse stattzugeben. Insolange die Kl. nicht nachgewiesen haben wird, dass sie den Rest ihrer Ersatzforderung per 1305 fl. 4 kr. ö. W. aus dem Vermögen des Nachlasses nach Dr. Z nicht hereinzubringen vermochte, kann ihr derselbe gegen das nur subsidiär haftende Aerar nicht zuerkannt werden; sie musste deshalb damit abgewiesen werden.

302.

Wirkung der Rechtskraft einer freiwilligen Ehescheidung: Unzulässigkeit der nachträglichen Umänderung der letzteren in eine aus Verschulden eines Ehetheils entstandene.

(E. 28. Febr. 1888, Z. 1427.)

A begehrte wider ihren Ehegatten B das Erkenntnis, dass die zwischen ihnen mit gerichtlichem Vergleiche abgeschlossene freiwillige Ehescheidung nunmehr als aus Verschulden des B entstanden zu gelten habe. Die erstr. zugelassene Klage wurde von den Oberinstanzen abgewiesen, vom OGH. aus folgenden Gründen: Den Eheleuten A und B wurde mit dem Bescheide des BG. K v. 22. Juli 1886 die einverständliche Scheidung von Tisch und Bett bewilligt und das dieser Scheidungsbewilligung zugrunde liegende Uebereinkommen der Eheleute A und B schliesst nach § 8 des Hfd. v. 23. Aug. 1819 (JGS. 1595) jeden Vorbehalt weiterer rechtlicher Verhandlungen über Unterhalt der Ehegattin und Kinder, Auseinandersetzung des Vermögens oder andere gegenseitige Ansprüche der Eheleute aus, ist daher allerdings ein Vergleich im Sinne des Worts, dessen Bestimmungen insolange verbindlich bleiben, als das Uebereinkommen nicht durch übereinstimmenden Willen beider Ehegatten abgeändert oder aufgehoben oder durch richterlichen Spruch als ungiltig erklärt worden ist. Während des Rechtsbestands dieses Uebereinkommens ist die Kl. nicht berechtigt, durch einseitigen Willensact an die Stelle der bestehenden einverständlichen Scheidung und der hiemit verknüpften Rechtsfolgen ein anderes, die einverständliche Scheidung ignorierendes Rechtsverhältnis zu setzen, zumal ihr selbst die Rückkehr in die eheliche Gemeinschaft während des Rechtsbestands der einverständlichen Scheidung ohne die Zustimmung ihres Ehegatten B nicht gestattet und hiemit jeder Anlass zum Be-

gehren der Bewilligung einer ohnehin bereits rechtsgiltig bestehenden Scheidung benommen ist. Das Klagebegehren erscheint demnach entweder als die Negierung des Uebereinkommens auf einverständliche Scheidung oder als die Negierung der mit der einverständlichen Scheidung verknüpften Rechtsfolgen, ist daher in jedem Falle unberechtigt, weil die Rechtsgiltigkeit des Uebereinkommens auf Scheidung nicht in Frage steht, es aber auch der Kl. nicht gestattet ist, das bestehende Rechtsverhältnis der einverständlichen Scheidung mit seinen Rechtsfolgen gegen den Willen ihres Ehegatten B abzuändern. Wenn demnach auch B durch U. des KG. O. v. 21. Juli 1887 des Verbrechens der Verführung zur Unzucht nach § 132 StG. schuldig erkannt worden ist, so wurde hiemit das Klagebegehren der Kl. nicht begründet. Abgesehen davon, dass das Verbrechen im Herbste 1885, daher vor dem Uebereinkommen auf einverständliche Scheidung begangen wurde, erfolgte die Schuldigsprechung des Gekl. B am 21. Juli 1887, daher zu einer Zeit, als das Uebereinkommen auf einverständliche Scheidung der Kl. vom Gekl. bereits geschlossen war, als daher die Kl. einen Anspruch auf Scheidung bereits im Vertragswege realisiert hatte und nicht die nochmalige Scheidung ihrer bereits geschiedenen Ehe durch richterlichen Spruch zu begehren berechtigt war, indem durch das Strafurtheil das Uebereinkommen der Eheleute A und B auf freiwillige Scheidung unberührt blieb und dasselbe einen Scheidungsgrund nur in dem Falle begründen konnte, wenn die Ehe des Verurtheilten mit der Kl. nicht bereits geschieden gewesen wäre.

303.

Ungiltigkeit der nicht notariell errichteten Schenkung auf den Todesfall.

(E. 11. Juli 1889, Z. 7227.)

Die Klage auf Ausstellung einer Schenkungsurkunde nach einem vorgelegten Entwurf (A), wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OLG. aus folgenden höchstrichterlich gebilligten Gründen, in Erwägung nemlich, dass eine Schenkung auf den Todesfall nur unter Beobachtung der im § 956 bGb. vorgeschriebenen Förmlichkeiten giltig ist und mithin eine Ausnahme des im § 883 bGb. aufgestellten Grundsatzes bildet, wonach die Verschiedenheit der Form der Verträge in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied macht; dass der Aufsatz Beilage A der Klage diesen gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht und daher auch keine Rechte und Verbindlichkeiten begründen kann; dass auch die in der Replik vom Kl. behauptete mündliche Bestätigung des Aufsatzes in A seitens des Geschenkgebers angesichts der positiven Bestimmungen des obcitierten § 956 keine rechtliche Wirkung haben kann; und dass Kl. das Gesetz, welches die Erfordernisse einer Schenkung auf den Todesfall normiert, nicht dadurch umgehen kann, dass er mittelst Klage den Geschenkgeber verhalten will, ihm die in Gemässheit des § 956 bGb. zu errichtende schriftliche Urkunde auszustellen, indem das richterliche Urtheil nicht constitutiver, sondern nur declarativer Natur und mithin nur die bestehenden Rechtsverhältnisse festzustellen berufen ist.

304.

Nichtzugehörigkeit des Capitals aus einer Lebensversicherung zum Nachlass.

Vgl. Bd. VI. Nr. 277 u. Nachw.

(E. 31. Oct. 1888, Z. 11524.)

Die in den Vorinstanzen verfügte Einbeziehung des vom Erblasser M auf seinen Todesfall für seine Gattin U versicherten, sohin testamentarisch zur Tilgung seiner Schulden bestimmten, nichtsdestoweniger aber von der Versicherungsanstalt der U als Alleinerbin nach M ausbezahlten Capitals in das Nachlassinventar nach M wurde vom OGH. behoben, in der Erwägung, dass in Gemässheit des § 97 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) in das Nachlassinventar nur dasjenige einzutragen ist, was sich zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Besitze befand und nach § 531 bGb. der Inbegriff der Rechte und Pflichten des

Erblassers dessen Nachlass darstellt, in der Erwägung, dass M auf das für eine dritte Person, nämlich für seine rechtmässigen Erben versicherte Capital keinen persönlichen Anspruch hatte und auch das Recht seiner Erben zu diesem Capitale nicht auf dem Titel des Erbrechts, sondern auf dem mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrage beruht, dass demnach dieses Capital zu dem Nachlasse des M nicht gehört.

305.

Unerheblichkeit des Mangels persönlicher Bekanntschaft zwischen dem Erblasser und den Zeugen eines mündlichen Testaments für die Giltigkeit des letzteren.

(E. 26. Jän. 1888, Z. 12132. — NZ. 32.)

Die Klage auf Ungiltigerklärung des mündlichen Testaments wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. in der Erwägung, dass weder in dem § 585 bGb. noch in irgend einer anderen gesetzlichen Bestimmung angeordnet ist, dass die Zeugen der mündlichen letzten Willenserklärung unbedingt den Erblasser persönlich kennen müssen, wie dieses eben der Kl. vermeint, und dass der Kl. in seiner Kl. keine derartigen factischen Umstände anführte, aus denen die Folgerung nachweisbar fliessen würde, dass in der Person der Erblasserin M ein Irrtum oder ein Betrug unterlaufen ist und der Kl. nicht einmal behauptete, dass die bestrittene Willenserklärung jemand anderer und nicht M abgegeben habe, und dass sonach für sie ein Dritter den Schein der Erblasserin angenommen habe.

306.

Substanzierung und Begründung der Klage auf den Pflichttheil.

(E. 19. März 1889, Z. 2528.)

Die Klage der A gegen B auf Anerkennung, es gebüre ihr nach dem Vater M der Pflichttheil und sie sei durch das Testament des Letztern in dem Pflichttheile verkürzt, es sei daher dieses Testament, soweit es sie in dem Pflichttheile verkürze, ungiltig, wurde, nachdem ihr in den Vorinstanzen stattgegeben worden war, vom OGH. für derzeit abgewiesen. Gründe: Der nun verstorbene M hat in seiner letztwilligen mündlichen Anordnung laut des mit den Testamentszeugen aufgenommenen gerichtlichen Protokolls seinen Sohn B, den heutigen Gekl. zum Universalerben eingesetzt und weiters erklärt, dass seine Tochter A, die heutige Kl., mit ihrem Erbtheile schon ausbezahlt ist, wenn sie auch keine Verzichtsschrift gemacht hat. Auf Grund dieses Testaments hat sich B zum Erben auf den ganzen Nachlass seines Vaters erklärt, aber seiner Schwester A jedwedes Erbrecht abgesprochen, nachdem sie mit ihren Erbtheilsforderungen schon zu Lebzeiten des Erblassers befriedigt wurde, was jedoch von dem als Bevollmächtigten erschienenen Ehegatten derselben in Abrede gestellt wurde. Wenn auch die vom Richter zu Protokoll genommene Erklärung des B an klarer juridischer Ausdrucksweise viel zu wünschen übrig lässt, so kann derselben doch nur der Sinn beigelegt werden, dass B das Recht der Kl. auf den Pflichttheil aus dem Vermögen ihres Vaters nicht bestreiten, sondern nur sagen wollte, dass sie die Befriedigung ihres Pflichttheilsrechts nicht mehr von ihm fordern könne, weil sie mit ihrer Pflichttheilsforderung schon zu Lebzeiten befriedigt worden sei. Um aber beurtheilen zu können, ob die Kl. aus dem Titel des Pflichttheils überhaupt noch einen Anspruch auf den Nachlass ihres Vaters erheben könne, und event. wie hoch sich derselbe belaufe, muss vor Allem der reine Nachlass des Vaters festgestellt und demnach der Pflichttheil bemessen worden sein. Dies ist aber bisher nicht geschehen, vielmehr giebt die Kl. selbst zu, dass sie die Richtigkeit des aufgenommenen Inventars nicht anerkenne, den Gekl. auf Leistung des Manifestationseides belangt habe, und dass auch die Passiven noch nicht liquidiert wurden. Aus diesem Grunde konnte die Kl. auch nicht angeben, welchen bestimmten Anspruch sie aus dem Titel des Pflichttheils erhebe, weshalb auch der Gekl. nicht

in der Lage war, nachzuweisen, dass sie mit diesem Anspruche schon befriedigt worden sei. Es fehlt mithin jeder Anhaltspunkt zur Beurtheilung des von ihr gestellten Begehrens, dass sie durch das Testament des Vaters und die oben angeführte Erklärung des Gekl. in ihrem Pflichttheile verkürzt worden sei. Aus diesen Erwägungen muss der a. o. Revision des Gekl. im Sinne des Hfd. vom 15. Febr. 1833 stattgegeben und das Klagebegehren derzeit abgewiesen werden.

B. Handels- und Wechselrecht.

307.

Anspruch auf Büchervorlage zum Erweise des Mangels einer bestimmten Eintragung.

(E. 8. März 1887, Z. 2778.)

Der Kl. A bat um Auftrag an die gekl. Firma B zur Vorlage ihrer Copierbücher behufs Constatierung des Umstands, dass in diesen Büchern unter dem 31. Dec. 1881 und 1882 sich keine Anzeige und keine Abrechnung vorfinde, welche auf gewisse, in einem von der Bekl. allegierten Saldocontobuchauszuge dem Kl. unter obigen Daten zur Last geschriebene Sollposten Bezug habe. B widersetzte sich diesem Begehren, liess jedoch die kl. Behauptung, dass nach der bei ihr üblich gewesenen Buchführung Einträge in den Saldoconto nur auf Grundlage und in Uebereinstimmung mit den dem Kl. jeweilig zu erstattenden brieflichen Anzeigen und Abrechnungen erfolgen konnten, unwidersprochen.

Der dem kl. Begehren stattgebende, vom OLG. abgeänderte erstr. Bescheid wurde von dem OGH. mit folgender Begründung wieder hergestellt: Es handelt sich um die Constatierung, ob bezüglich der in dem Gesuche angeführten Geschäfte eine an den Kl. gerichtete Anzeige oder Mitteilung in den Copierbüchern der gekl. Firma vorkomme oder nicht, und nachdem diese Posten im Gesuche nach Datum, Gegenstand und Betrag so genau bezeichnet sind, dass die erwähnte Constatierung aus dem chronologisch geführten und mit Registern versehenen Copierbüchern leicht vorgenommen werden kann, so ist kein hinreichender Grund zu einer Abweisung dieses Begehrens vorhanden und ist auf den Einwurf, dass die gekl. Firma ihre ganze Correspondenz blosszulegen hätte, umsoweniger Bedacht zu nehmen, als es derselben unbenommen bleibt, einer weiteren Nachschau dadurch vorzubeugen, dass sie nach eigener Prüfung ihrer Bücher entweder die betreffenden Eintragungen als vorhanden nachweist oder, falls sie nicht vorhanden wären, ihre dann ungegründete Widersprechung zurückzieht.

308.

Voraussetzung für den Anspruch auf Büchervorlage nach Art. 37 Hgb. Anspruch des commis interessé auf Mittheilung der Bücher zur vollständigen Kenntnisnahme ihres Inhalts?

(E. 5. Juni 1889, Z. 6590.)

Der erstr. Auftrag an die gekl. Firma B zur Vorlage ihrer Handelsbücher behufs Constatierung der von dem Kl. A bei der B in's Verdienen gebrachten Provisionen wurde vom OLG. behoben, in Erwägung, dass die Bestimmung des Art. 37 Hgb. sich nur auf den Fall bezieht, in welchem eine Processpartei einen bestimmten Inhalt der Handelsbücher ihres Processgegners behauptet und den behaupteten Inhalt durch die begehrte Vorlegung der Bücher constatieren will; dass der Kl. A einen bestimmten Inhalt der Handelsbücher des Gekl. nicht behauptet hat, folglich die vom Kl. begehrte Vorlage der Handelsbücher des Gekl. unter Androhung der im Art. 37 Hgb. bezeichneten Folgen der verweigerten Vorlage in dem oberwähnten Artikel nicht begründet erscheint; in Erwägung, dass auch eine in den allgemeinen processualen Vorschriften begründete, übrigens nicht begehrte Recognoscierung der Handelsbücher des Gekl. im Sinne des § 193

wGO., welche die Prüfung der Uebereinstimmung des vom Kl. allegierten Contocorrent mit den Originalbüchern, aus welchen derselbe gezogen ist und die Prüfung der die Beweiskraft der Handelsbücher des Gekl. bedingenden Ordnungsmässigkeit und Regelmässigkeit der Buchführung und bez. der im besagten Conto enthaltenen Eintragungen bezielen würde, nicht platzgreifen würde, weil der Contocorrent nicht vom Gekl., sondern vom Kl. selbst zur Begründung seines Anspruchs produciert wurde.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. mit Bezugnahme auf deren Gründe und in der Erwägung, dass die Edition der Handelsbücher nur zum Behufe des Nachweises eines bestimmten klar bezeichneten und bestrittenen Beweisthemas erlangt werden kann; dass im vorliegenden Falle ein bestimmtes Beweisthema vom Kl. nicht behauptet wurde und die Bücheredition nur zu exploratorischen Zwecken im Allgemeinen angesucht wird, und dass ein mit Gehalt angestellter und überdies am Reingewinn betheiligter Procurist oder Agent die Mittheilung der Bücher zur vollständigen Kenntnisnahme ihres Inhalts nicht verlangen kann.

309.

Unterschied zwischen einem Handlungsreisenden und einem Platzagenten: Nichtberechtigung des Letzteren zum Incasso.

(E. 5. Juni 1889, Z. 5387.)

Der Klage wurde vom 1. R. unbedingt, vom OLG. nur für den Fall stattgegeben, wenn Gekl. den Empfang eines Schreibens des Kl., wodurch dessen Kunden in Kenntnis gesetzt wurden, dass A zum Incasso für den Kl. nicht berechtigt sei, nicht eidlich widersprechen sollte. Gründe: Die Berechtigung des Agenten der kl. Firma A zum Incasso folgt rücksichtlich der hier in Rede stehenden von ihm für die kl. Firma abgeschlossenen Verkäufe aus Art. 49 Hgb. und § 23 des Einf.G. zum Hgb. und der MVdg. v. 16. Sept. 1884 (RGB. 159), und es hat Kl. darum zu erweisen, dass sie diese Berechtigung dem A ausdrücklich nicht ertheilt oder sie ihm entzogen habe. Hierüber kann nach dem Stande der Acten blos Beweis sein der Brief der Kl., ddto. Rheydt, 18. Juli 1887, worin diese den Gekl. in Kenntnis setzt, dass A für sie kein Incasso zu besorgen hat. Da nun Gekl. den Inhalt dieses Briefs leugnet, aber nur unter Voraussetzung des Erhalts desselben die von ihm laut Aussage seiner Gattin am 12. Jän. 1888 erfolgte und von A bestätigte Zahlung an eine zum Empfange nicht berechtigte Person erfolgt wäre, erübrigte nichts Anderes, als die noch strittige Zahlungspflicht von dem dem Gekl. über den Erhalt dieses Schreibens aufgetragenen, von ihm angenommenen Haupteide abhängig zu machen. Es versteht sich dann von selbst, dass, wenn Gekl. eidlich leugnet, diesen Brief erhalten zu haben, Kl. die 40 Mk. nicht mehr verlangen kann. In diesem Sinne musste daher das der Klage unbedingt Folge gebende erstr. U. abgeändert werden.

Vom OGH. wurde das erstr. U. wieder hergestellt. Gründe: Nach Angabe der kl. Firma war A in den Jahren 1887 und 1888 nicht Handlungsreisender, sondern Agent der kl. Firma am Prager Platze und besorgte in dieser Eigenschaft gegen eine bestimmte Provision Verkäufe für die kl. Firma am besagten Platze. Dieser Behauptung ist vom Gekl. in der folgenden Rede nicht widersprochen worden, dieselbe wurde von dem durch den Gekl. als Zeugen berufenen A im Wesen bestätigt und ist daher als erwiesen anzusehen. Kraft dieser Eigenschaft war A zur Eincassierung der Geldbeträge für die kl. Firma im Grunde der Bestimmung des Art. 49 Hgb. nicht berechtigt, weil nach diesem Artikel, nach § 23 des EinfG. z. Hgb. und nach der MVdg. v. 16. Sept. 1884 (RGB. 159) dieses Recht nur den Handlungsreisenden (wandernden Agenten), nicht aber auch den Platzagenten, als blossen Geschäftsvermittlern, zukommt. Die ausdrückliche Ermächtigung des A von der kl. Firma zum Incasso in ihrem Namen hat der Gekl. nicht nachgewiesen. Der Gekl. vermag sich im vorliegenden Falle auch auf den Umstand, dass er bereits früher durch seine Ehegattin der kl. Firma zu Handen des A Zahlungen geleistet habe, welche von der kl. Firma angenommen und ihm gut geschrieben worden sind, mit Erfolg nicht zu berufen, weil der eingekl. Kaufpreis per 100 Mk. 6 Pf. für die dem Gekl. durch die kl. Firma gelieferte Waare nach

der vom Gekl. producierten unbeanständeten Factura der kl. Firma selbst loco Rheydt zu zahlen war und hiedurch die Kl. auf eine unzweideutige Art ihren Willen an den Tag gelegt hat, dass die Zahlung des Kaufpreises nur an sie, nicht aber zu Handen des Agenten A. zu erfolgen habe. Mit Rücksicht auf das Angeführte war über die Revisionsbeschwerde der klagenden Firma das erstr. der Actenlage und dem Gesetze entsprechende U. wieder herzustellen.

310.

Gelegenheitsgesellschaft. Voraussetzung des Anspruchs eines Theilnehmers auf Rechnungslage.

(E. 9. Febr. 1889, Z. 219. — JBl. 31.)*

Der vom 1. R. abgewiesenen Klage auf Rechnungslegung wurde vom OLG. stattgegeben. Gründe: Der Bel. hat eingestanden, dass er mit dem Kl. die Verabredung getroffen hat, im Herbste 1883 Wein in O zur Weiterveräusserung einzukaufen und dass er auch zu diesem Zwecke eine bestimmte Quantität Weine in O angekauft hat. Hiedurch ist jedenfalls das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrags nach § 1175 bGb. dargethan, indem sowohl der zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigende Gegenstand, nemlich die im Herbste 1883 in O angekauften Weine, als auch die zum Ausverkaufe derselben notwendige Zeitdauer angegeben sind. Die Einwendung des Bel., dass bei dieser Vereinbarung der Antheil des Kl. am Stammvermögen und auch seine Mitwirkung zum gemeinschaftlichen Nutzen nicht näher bestimmt waren, ist nicht zutreffend, weil hiefür die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1184 u. 1185 bGb. gelten und der Umstand, dass der Gekl. den Einkaufspreis für die angeschafften Weine selbst vorgeschossen hat, kann ihn nur zur Forderung vom Kl. des auf ihn entfallenden Antheils an diesem Kaufpreise nach § 1184 bGb. berechtigen; und hinsichtlich der Mitwirkung des Kl. wurde diesfalls verabredet, was der Bel. nicht widersprochen hat, dass er (Bel.) den Einkauf und Veräusserung des Weins selbst zu besorgen hat, und er hat nicht behauptet, dass eine weitere Mitwirkung des Kl. überhaupt notwendig war und er sich derselben entzogen hätte, und nachdem der Bel. auch nicht widersprochen hat, dass er den Betrieb dieses gemeinschaftlichen Geschäfts führte, so ist er nach § 1198 bGb. zur Rechnungslage verpflichtet. Die widersprochene Behauptung des Bel., wonach das Geschäft noch nicht beendigt wäre und noch zwei Fässer von diesem Weine unverkauft verblieben sind, steht der Verpflichtung zur Rechnungslage, da das Geschäft seit dem J. 1883 nach dieser Behauptung noch andauern soll und auch einen jährlichen Nutzen abwerfen kann, nach §§ 1199 bGb. nicht im Wege.

Der OGH. fand das erstr. U. wiederherzustellen. Gründe: Die Klagebehauptung, dass zwischen den Streittheilen im Sept. 1883 eine Vereinbarung, noch im Herbste dieses Jahres für gemeinschaftliche Rechnung in O Wein zum Zwecke der Weiterveräusserung anzukaufen, zustande gekommen und dass gleichzeitig verabredet worden ist, dass der Gekl. sowohl den Einkauf für gemeinschaftliche Rechnung, als auch den Verkauf allein besorgen und dass der Kl. an dem zu erzielenden Gewinnste mit 50 Percent betheiligt sein soll, ist von dem Gekl. dahin zugestanden worden, dass er in der Einrede als wahr bezeichnet, dass die Streittheile im Herbste 1883 verabredet haben, Wein zum Zwecke der Weiterveräusserung anzukaufen und dass er, Gekl., zu diesem Zwecke eine bestimmte Menge Wein in O thatsächlich auch angekauft hat. Die Streittheile kommen also darin überein, dass sie sich zum Ankaufe von Wein, welcher sodann weiter veräussert werden sollte, vereinigt haben. Nachdem nun der Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren, um dieselben weiter zu veräussern, nach Maassgabe des Art. 271 Hgb. ein Handelsgeschäft an sich ist, kann es einem Zweifel nicht unterliegen, dass sich die zwischen den Streittheilen zustande gekommene Vereinbarung als eine „Vereinigung zu einem einzelnen Handelsgeschäfte für gemeinschaftliche Rechnung“ (sog. Gelegenheitsgesellschaft) darstellt und als

* Für die sprachlichen Fassung namentlich der o. g. Gründe, die hier so, wie sie die JBl. mittheilen, reproduciert sind, müssen wir jede Verantwortung ablehnen. Die Red.

solche den Bestimmungen der Art. 266 bis 270 Hgb. unterliegt. Allerdings muss nun im Falle einer solchen Vereinigung gemäss Art. 270 derjenige Theilnehmer, welcher das Geschäft geführt hat, den anderen Theilnehmern unter Mittheilung der Belege Rechnung ablegen. Allein nichtsdestoweniger stellt sich das auf die Verhaltung des Gekl. zur Legung einer solchen Rechnung gerichtete Begehren des Kl. im vorliegenden Falle nicht als gerechtfertigt dar. Es muss zwar dem Kl. beigepflichtet werden, wenn er in der Replik zum Behufe der Entkräftung der Einredeausführung, dass die Klage über das Maass, in welchem sich der Kl. an dem gemeinschaftlichen Unternehmen vertragsmässig zu betheiligen hatte, nichts enthält, geltend gemacht, dass eine vertragsmässige Fixierung der Höhe der Einlagen der einzelnen Gesellschafter bez. Theilnehmer nicht notwendig sei, da das Gesetz selbst suppletorische Bestimmungen für diesen Fall enthält; wegen des Abgangs einer Anführung in dieser Richtung in der Klage und in den weiteren Reden des Kl. erscheint also angesichts der Bestimmung des Art. 267, nach welcher, „wenn nicht ein Anderes verabredet ist, alle Theilnehmer in geichem Verhältnisse zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet sind", der rechtliche Bestand eines gesellschaftlichen Verhältnisses (im Sinne der bezogenen Bestimmungen des Hgb.) noch keineswegs ausgeschlossen, wie der Gekl. auszuführen versucht hat. Von maassgebender Bedeutung erscheint aber die Erwägung, dass der Kl. weder in der Klage noch in einem späteren Processstadium (ungeachtet dessen, dass der Gekl. auf diesen Umstand wiederholt hingewiesen hat) Anführungen in der Richtung gemacht hat, ob und was er, um seiner durch die Vereinigung zu einem Geschäfte für gemeinschaftliche Rechnung begründeten Verpflichtung zu entsprechen, für die Zwecke des gemeinsamen Unternehmens aufgewendet oder überhaupt geleistet hat, ein Mangel in der Processführung des Kl., welcher durch die Erwähnung der Appellationsbeschwerde, dass der Kl. den Wein von der Bahn abgeholt und überhaupt zur Realisierung des Geschäfts in der Weise mitgewirkt hat, dass er seine Concession zum Weinverkaufe, da der Gekl. eine solche nicht gehabt, hergegeben habe, schon angesichts der Bestimmung des § 333 wgGO., gemäss welcher solche Geschichtsumstände, welche im Appellationszuge neu angebracht worden sind, bei der Entscheidung keinerlei Berücksichtigung finden können, keineswegs ersetzt zu werden vermag. Es fehlt also in den Processreden des Kl. an aller und jeder Anführung in der Richtung, was er gethan hat, um der aus der Natur eines gesellschaftlichen Verhältnisses bez. der Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Unternehmen entspringenden, im vorliegenden Falle insbesondere in der Vorschrift des Art. 267 cit. begründeten Verpflichtung nachzukommen. Bei diesem Stande der Sache erscheint es vollkommen gerechtfertigt, wenn der Gekl. in der Duplik geltend macht, dass der Kl. nicht befugt ist, auf die Erfüllung vertragsmässiger Leistungen seitens des Gekl., also im Besonderen auf die Legung der Rechnung zu dringen, nachdem und insolange er nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen hat, dass er die ihm als Theilnehmer an dem Geschäfte für gemeinschaftliche Rechnung nach dem Wesen einer solchen gesellschaftlichen Vereinigung obliegenden und vom Gesetze insbesondere auch ausgesprochenen Verpflichtungen erfüllt hat. Die Bestimmung des § 1052 bGb., welche, weil sie auf der Natur eines entgeltlichen zweiseitig verbindlichen Vertrags beruht, auch in dem vorliegenden Falle analoge Anwendung findet, ist es also, welche dem Begehren des Kl. mit vollem Grunde entgegengestellt werden kann und die Abweisung dieses Begehrens begründet.

311.

Rechtliche Bedeutung der Vertragsbestimmung über die Verwirkung des Versicherungsanspruchs durch den Verzug in der Prämienzahlung: Unerheblichkeit der Einklagung der rückständigen Prämie für jene Folge des Verzugs.

(E. 20. März 1889, Z. 2641.)

Die Versicherungsgesellschaft X hatte den M auf Zahlung zweier rückständiger Prämien für eine zu Gunsten seiner Gattin genommenen Todfallsversicherung geklagt und ein verurtheilendes Erkenntnis erwirkt, das aber erst

nach dem Ableben des M zugestellt wurde. Hierauf liess die Gattin des M die rückständigen Prämien erlegen und cedierte den Versicherungsanspruch an A, welchen derselbe einklagte. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. aus folgenden Gründen: Wie die Polizze vom 24. Juni 1884 ergiebt, hatte M sein Leben bei der bekl. Gesellschaft zu Gunsten seiner Gattin gegen die in halbjährigen Raten lebenslänglich am 26. Juni und 26. Dec. eines jeden Jahres zahlbaren Jahresprämien von 186 fl. 46 kr. versichert. Nach § 3 der allgemeinen Bedingungen, welche der Polizze, sowie dem Versicherungsantrage beigefügt sind, waren die Prämienzahlungen in den hiezu bestimmten Terminen vorhinein, und zwar spätestens innerhalb 30 Tagen nach dem in der Polizze festgesetzten Fälligkeitstage zu leisten; mit Ablauf dieser Frist erlosch bei nicht erfolgter Prämienzahlung die Versicherung ohneweiters. Der Versicherungsnehmer verstarb am 25. Juni 1885, ohne die zwei am 26. Juni und 26. Dec. 1884 fälligen Prämienraten gezahlt zu haben, wenngleich er hiezu mit dem Schreiben vom 10. März 1885 gemahnt und sodann die Klage auf Zahlung dieser Prämien sNG. angestellt worden. Zufolge des § 3 der allgemeinen Versicherungs-Bedingungen ist bei einer Versicherung auf den Todesfall der Gesellschaft vorbehalten, die wegen nicht rechtzeitig geschehener Prämienzahlung erloschene Versicherung gegen Nachzahlung der Prämien mit 6 Procent Verzinsung wieder in Kraft zu setzen, falls ihr innerhalb fünf Monaten nach der Erlöschung ein bezüglicher Antrag vorgelegt wird und der Versicherte vor Ablauf der erwähnten fünf Monate nachweist, dass seine Gesundheits- und sonstigen Verhältnisse keine der Gesellschaft nachtheiligen Veränderungen erlitten haben. Würde man nun annehmen, die Bekl. habe durch die Einmahnung der zwei Prämienraten und durch Einbringung der Klage auf Zahlung derselben die Absicht kundgegeben, den Versicherungsvertrag aufrecht zu erhalten, so könnte doch schon im Hinblicke auf die vorerwähnte Bestimmung der Versicherungs-Bedingungen dem gemäss des am 20. Juni 1885 erlassenen und nach Ableben des Versicherten zugestellten Urtheils stattgehabten Zahlungsanbote und gerichtlichen Erlage der zwei Prämienbeträge sNG., wenn auch diese Handlungen von einem hiezu Berechtigten vorgenommen worden wären, Rechtswirksamkeit nicht beigelegt werden. Aber auch abgesehen von jener Bestimmung der Versicherungs-Bedingungen kommt den gedachten Handlungen rechtliche Wirkung nicht zu. Der Versicherte erwarb durch die Annahme seines Antrags ein durch pünktliche Zahlung der Prämien suspensiv bedingtes Recht, konnte daher nur durch diese Zahlung den erworbenen Anspruch in Kraft erhalten. Da er jedoch nicht einmal nach Zustellung der Klage die Zahlung geleistet, lässt sich nicht annehmen, dass es sein Wille gewesen, dass das Vertragsverhältnis nicht fortbestehe. Wenn der Versicherte vor Zahlung der Prämie verstirbt, besteht der Vertrag nur dann, wenn der Tod innerhalb der zur Zahlung gesetzten Frist eintritt und seine Rechtsnachfolger die Prämie vor Ablauf der Frist entrichten. Vorliegend war aber bei Ableben des Versicherten hinsichtlich beider Prämienraten die im Vertrage bestimmte Zahlungsfrist bereits abgelaufen. Hienach erscheint der erhobene Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme ohneweiters als unbegründet.

312.

Rechtsfolge der unterlassenen Präsentation des Wechsels zur Zahlung dem Hauptwechselschuldner gegenüber.

(E. 4. April 1889, Z. 2706.)

Der 1. R. hatte die Klage zur Gänze abgewiesen, das OLG. die Zahlungsauflage in der Hauptsache aufrechterhalten und nur die Verzugszinsen vom Klagetage (statt vom Verfalltage des Wechsels) zugesprochen. Der OGH. bestätigte die o. g. E. im ersteren Punkte, erkannte aber die Verzugszinsen nur vom Tage der Zustellung der Zahlungsauflage zu. Gründe: Der Gekl. folgert zwar richtig aus dem Wesen eines Wechsels, der durch verschiedene Hände laufen kann, dann aus den Art. 39 u. 40 WO., dass der Wechselgläubiger dem directen Wechselschuldner den Wechsel zur Zahlung zu präsentieren habe. Klar ergiebt dies insbesondere Art. 40 WO., der von der „Einforderung“ der Zahlung spricht, damit also den Gläu-

biger anweist, nicht bei sich die Zahlung seitens des Schuldners zu erwarten, vielmehr zum Schuldner um die Zahlung zu gehen. Es frägt sich aber, welche Rechtsfolge entsteht, wenn der Gläubiger (abgesehen von der Ausnahme des Art. 43 WO.) den Wechsel dem directen Schuldner (Acceptanten des trassierten oder Aussteller des eigenen Wechsels) zur Zahlung nicht präsentiert, sondern sofort einklagt, wie dies in diesem Falle geschehen ist. Dass hiemit der Gläubiger sein Wechselrecht nicht verliert, unterliegt keinem Zweifel, was betreffs des Acceptanten im Art. 44 WO. klar ausgesprochen ist und betreffs des Ausstellers des eigenen Wechsels die JMVdg. v. 2. Nov. 1858 (RGB. 197) regelt. Der Gläubiger kann daher allerdings sein Wechselrecht geltend machen und ohne Präsentation des Wechsels sofort die Wechselklage überreichen; allein die Kosten dieser kostspieligeren Art der Bekanntgabe an den Schuldner, dass der Kl. der Inhaber des Originals des Wechsels sei, treffen dann nicht den Schuldner, sondern den Gläubiger, wenn der Schuldner sofort nach Zustellung der Klage und der Wechselabschrift seiner wechselmässigen Verpflichtung nachkömmt. Erst vom Zeitpunkte der Zustellung der Wechselklage kann von einer Saumsal des Schuldners gesprochen werden. Zahlt nun der Wechselschuldner, da er Einwendungen nicht hat, oder erlegt er die Schuld, wenn er Einwendungen hat, so treffen die Kosten den Wechselgläubiger, und auf Zinsen hat er, da eine mora noch nicht vorliegt, keinen Anspruch. Hätte daher der Wechselschuldner in diesem Falle, da er ausser dem Mangel der Präsentation noch eine Reihe anderer Einwendungen erhoben hatte, den eingeklagten Betrag für den Fall der Abweisung dieser anderen Einwendungen zu Gericht erlegt, so hätten ihn die Processkosten nicht getroffen, und einen Anspruch auf Verzugszinsen hätte der Gläubiger nicht gehabt. Diesemnach gebüren dem Wechselgläubiger dieses Rechtsfalls die Zinsen erst vom Tage der Zustellung der Wechselklage; während betreffs der bis zum Zustellungstage laufenden Saumsalszinsen die Klage abzuweisen war.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

313.

Unerheblichkeit des Realbesitzes der Gesellschaft für die Gerichtszuständigkeit zur Abhandlung des Nachlasses eines öffentlichen Gesellschafters.

(E. 16. Mai 1889, Z. 5731.)

Unter Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheidungen, wodurch die Nachlassabhandlung nach dem Maschinenfabrikanten M als zur Competenz des LG. gehörig erklärt wurde, verordnete der OGH., dass die Todfallsaufnahme nach M dem st.-d. BG. zur weiteren gesetzlichen Amtshandlung zuzufertigen sei; in Erwägung, dass das Eigentumsrecht auf die Fabrik x für die Handelsgesellschaft unter der Firma Brüder N & M einverleibt ist; dass hiernach dem Erblasser M als öffentlichen Gesellschafter dieser Firma gemäss Art. 91, 130, 131 und 144 Hgb. keineswegs ein Antheil an jener Realität, sondern ein in Geld zu ermittelnder Antheil an dem gesellschaftlichen Vermögen zusteht, und dass nicht vorliegt, dass diesfalls im Gesellschaftsvertrage eine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde; dass daher die Annahme der Untergerichte, es befände sich in der Verlassenschaft des M ein im Grundbuche des LG. eingetragenes unbewegliches Gut, bez. ein Antheil an demselben, der Actenlage nicht entspricht; dass somit die Voraussetzung des § 78 JN. im vorliegenden Falle nicht zutrifft.

314.

Legitimation der Finanzprocuratur zum Eingreifen in die Abhandlung eines noch nicht für caduk erklärten Nachlasses?

Vgl. oben Nr. 53.

(E. 26. Juni 1889, Z. 7020.)

Nachdem die Finanzprocuratur noe. des Aerars erklärt hatte, dass sie nur dann auf den Nachlass der M Anspruch erhebe, wenn ein der Caducität zu unter-

ziehendes reines Nachlassvermögen vorhanden sei, überliess das Abhandlungsgericht diesen Nachlass dem S an Zahlungsstatt für seine Forderung an M. Dem von der Finanzprocuratur dagegen eingebrachten Recurs wurde von dem OLG. keine Folge gegeben, weil die mit dem Stande vollkommen vertrauten Personen umständlich vernommen worden sind und weil im vorliegenden Falle der § 73 des kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) Anwendung findet, nach welchem, insbesondere mit Bedachtnahme auf seine Beziehung zum § 75, das Gericht berechtigt ist, das durch Forderungen erschöpfte Nachlassvermögen den Gläubigern an Zahlungsstatt zu überlassen, ohne mit der Bestellung eines eigenen Verlassenschaftscurators vorzugehen.

Der OGH. bestätigte die o. g. E., weil ein Ausspruch, dass der Nachlass der M caduk sei, noch nicht erfolgt ist, zur Zeit daher der Finanzprocuratur überhaupt eine Ingerenz auf die Durchführung der gegenständlichen Abhandlung und daher auch ein Recursrecht nicht zukommt.

315.

Art der Erledigung der Rechnung des Erben über die ihm anvertraute Nachlassverwaltung.

(E. 24. Oct. 1888, Z. 10993.)

Die von dem Erben A über die ihm einstweilen anvertraute Nachlassverwaltung der Abhandlungsbehörde vorgelegte Jahresrechnung wurde von den anderen Erbprätendenten bemängelt, worauf die Abhandlungsbehörde die Aeusserungen der Letzteren dem A zur Gegenäusserung mittheilte. Diese vom OLG. bestätigte Verfügung wurde vom OGH. aufgehoben und verordnet, über die Rechnung des A ein neuerliches ordnungsmässiges Verfahren nach den Vorschriften über den Rechnungsprocess (X. Hauptstück der GO.) einzuleiten. Denn über jede gelegte Rechnung ist eine Frist zur Genehmigung oder Bemänglung zu bestimmen (§ 165 GO.) und ist die Bemänglung in der bestimmten Form einer Klage zu machen (§ 167 GO.), worüber dann eine schriftliche Verhandlung einzuleiten ist (§ 168 GO. und Hfd. v. 19. Nov. 1784, Nr. 368, und 28. Mai 1783, Nr. 139 lit. d JGS.). Eine Ausnahme gilt nur rücksichtlich der Vormundschafts- und Curatelsrechnungen, welche nach besonderen Vorschriften zu behandeln und zu erledigen sind (§§ 241, 242 und 282 bGb. und 208 bis 214 des Verfahrens ausser Streitsachen), nicht aber rücksichtlich der Rechnungen der Nachlassverwalter, deren Rechte und Pflichten jenen eines Verwahrers, Sequesters oder Bevollmächtigten gleich sind (§§ 968 und 1012 bGb.).

316.

Intabulationsfähigkeit der steuerämtlichen Steuerrückstandsausweise.

(E. 12. Febr. 1889, Z. 83.)

Ueber das vom 1. R. abgewiesene Begehren des Steueramts A um Einverleibung des exec. Pfandrechts für einen Betrag von 100 fl. auf Grund eines Steuerrückstandsausweises gestattete das OLG. blos die Vormerkung. Der OGH. bewilligte die Einverleibung in der Erwägung, dass der Ausweis des Steueramts über rückständige Steuern eine öffentliche Urkunde ist, welche nach dem Hfd. v. 11. April 1848 vollziehbar ist, dass eine Bestätigung der Rechtskraft dieses Ausweises, wie das OLG. verlangt, nach der Natur desselben nicht erforderlich ist und die angesprochene Bewilligung des executiven Pfandrechts in den Bestimmungen der §§ 31 und 33 lit. c GbG. begründet erscheint.

317.

Entbehrlichkeit der Mitfertigung der Cessionsurkunde seitens des Cessionars für die Einverleibung derselben.

(E. 17. April 1888, Z. 4264. — NZ. 32.)

Die vom 1. R. bewilligte Einverleibung der Cession einer Hypothekarforderung von A an Z wurde vom OLG. abgeschlagen, weil Cessionen zwei-

seitigen Verträgen gezählt werden, Z die Cessionsurkunde nicht gefertigt habe, folglich dieselbe keine intabulationsfähige Urkunde bildet (§§ 26, 27, 31 des GbG.).

Der OGH. bestätigte den erstr. Bescheid; denn im Sinne des § 1392 bGb. ist zwar zur Abschliessung der Abtretung erforderlich, dass die Forderung von einer Person an eine andere übertragen und von dieser angenommen werde, doch ist die Annahme, obgleich ein wesentliches Erfordernis einer Cession, keineswegs an eine besondere Förmlichkeit gebunden. Wenngleich nun die Einverleibung oder Vormerkung nur auf Grund einer Urkunde bewilligt werden kann, welche in der zu ihrer Giltigkeit vorgeschriebenen Form ausgefertigt ist, so kann doch daraus mit Grund nicht gefolgert werden, dass eine schriftliche Cession, auf welcher die Annahme nicht angesetzt ist, schon deshalb ungiltig sei und dies umsoweniger im vorliegenden Falle, in welchem A in der notariell beglaubigten Urkunde ausdrücklich gestattet, dass Z als Eigentümer der ihm abgetretenen Forderung intabuliert werde.

318.

Voraussetzung für die Löschung der nach der Anmerkung der Rangordnung für eine beabsichtigte Veräusserung erwirkten Eintragungen: Einverleibung der sohin erfolgten Veräusserung „in der angemerkten Rangordnung.“ (GbG. § 56.)

(E. 14. März 1888, Z. 2898.)

A hatte die Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräusserung seiner Liegenschaft erwirkt und die letztere sohin innerhalb der 60tägigen Frist an B verkauft. Inzwischen aber hatte C die Pfandrechtseinverleibung auf diese Liegenschaft für eine Forderung an A erwirkt, weshalb B mit der Einverleibungs eines Eigentums auch die Löschung dieses Pfandrechts begehrte. Die vom 1. R. verweigerte, vom OLG. bewilligte Löschung wurde vom OGH. abgewiesen; in Erwägung, dass B in seinem Gesuche wegen Eigentumsintabulierung auf die durch A erwirkte Anmerkung der Rangordnung (§ 53 GbG.) sich gar nicht bezogen hat, und dass auch die Einverleibung der Veräusserung der Liegenschaft x zu Gunsten des B in der angemerkten Rangordnung nicht bewilligt wurde (§ 57 GbG.). Der 1. R. hat sonach mit Recht die Löschung des zu Gunsten des C aushaftenden Pfandrechts verweigert, und wenn der obere Richter diese Löschung dennoch mit Hinblick darauf zu bewilligen erachtete, dass die Rechtsfolgen der Anmerkung der Rangordnung aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst fliessen, so ist nur zu erinnern, dass, nachdem das Einverleibungsgesuch des B dem § 57 GbG. gemäss nicht lautete und die Einverleibung der Veräusserung der Liegenschaft x in der angemerkten Rangordnung nicht bewilligt wurde, es nunmehr nicht angeht, den Bestimmungen der §§ 76 und 96 GbG. zuwider, über das Petitum der Partei hinauszugehen.

319.

Unstatthaftigkeit der grundbücherlichen Anmerkung der Klage auf Erfüllung eines Kaufvertrags. Wirkungslosigkeit einer solchen Anmerkung.

(E. 7. Mai 1889, Z. 3732. — II. Sen. — Beil. z. JMVdgsbl. 480.)

Der 1. R hat gemäss dem Begehren der Eheleute A gegen die Eheleute B erkannt, dass die Kl. seit 30. Dec. 1883 Eigentümer eines ideellen Antheils eines Hauses und die Bel. nicht berechtigt seien, darauf Execution zu führen.

Vom OLG. wurde die Klage abgewiesen. Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Die Kl. stützten ihr Klagerecht auf die erwirkte Anmerkung der Streitigkeit und die daraus gezogene Folgerung, dass dieselbe absolute Wirkung gegen jeden Dritten habe. Diese Ansicht ist aber eine rechtsirrtümliche; denn nach § 73 GbG. kann eine bücherliche Anmerkung nur nach diesem Gesetze, nach dem Ges. v. 6. Febr. 1869 (RGB. 18) oder aber nach der Vorschrift der aGO. oder der ConcO. bewilligt und erwirkt werden. Die fragliche Anmerkung wurde aber weder nach der GO. oder ConcO. erwirkt, noch fällt dieselbe unter

das GbG., welches in den §§ 20, 61, 66, 69 und 70 die Fälle der Streitanmerkung aufzählt, unter welche die fragliche Anmerkung nicht subsumiert werden kann, indem sie auf Grund einer Klage erwirkt wurde, welche auf Zuhaltung des Kaufvertrags, also auf Geltendmachung eines Obligationsverhältnisses gerichtet war. Eine solche Anmerkung ist dem GbG. fremd und kann für dieselbe eine besondere Rechtswirkung nicht vindiciert werden, am allerwenigsten jene des § 61 al. 2 GbG., weil die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle zur Bewilligung der Streitanmerkung nicht zutreffen und die Kl. selbst der Anmerkung nicht die Rechtswirkung des § 61 GbG. beigemessen haben, da sie es unterlassen haben, in ihrem Gesuche das in dem zweiten Absatze des § 65 GbG. normierte Begehren zu stellen oder die bezüglichen Verständigungen zu veranlassen.

320.

Auftrag an den Concursmasseverwalter und den Cridar zur Löschung der Firma des aufgelassenen Geschäfts.

(E. 30. April 1889, Z. 5056.)

Der vorinstanzliche Auftrag wurde vom OGH. bestätigt, weil mit der von dem Masseverwalter in Durchführung eines Ausschussbeschlusses bewirkten Heimsagung des von dem Gemeinschuldner betriebenen Handelsgeschäfts allerdings auch die Firma, unter welcher dieses Geschäft im Handel betrieben wurde, erloschen ist; weil sich mithin die Verbindlichkeit, die Erlöschung der Firma bei dem Handelsgerichte anzumelden, nach Art. 25 des Hgb. als die notwendige Folge der von dem Masseverwalter angezeigten Auflassung darstellt, weil demnach in den gleichförmigen Entscheidungen beider Untergerichte, mit welchen ohnehin dem Masseverwalter gemeinschaftlich mit dem Gemeinschuldner die Erwirkung der Löschung der Firma aufgetragen wurde, weder eine offenbare Gesetz- oder Actenwidrigkeit, noch eine Nullität wahrzunehmen ist.

D. Civilprocess.

321.

1. Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage gegen ein registriertes Hypothekarcreditinstitut auf Löschung einer durch Cession erworbenen Hypothekarforderung. — 2. Unzulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Entscheidungsgründe.

(E. 8. Febr. 1889, Z. 14946 ex 1888.)

Gegen die beim LG. Wien eingebrachte Klage auf Löschung eines Theils einer auf Liegenschaften in Ungarn haftenden, von einer anderen Bank durch Cession erworbenen Hypothekarforderung erhob die X-Bank in Wien die exceptio. fori, weil die Klage vor die Realinstanz, also vor das ungarische Gericht gehöre, Vom 1. R. wurde die Einwendung verworfen. Das OLG. gab derselben statt. indem es die Klage als zur Handelsgerichtsbarkeit gehörig erklärte. Der OGH. bestätigte über die Revision beider Theile die o. g. E. Gründe: Insoweit die gekl. Bank in ihrer Revisionsbeschwerde den Antrag dahin stellt, dass zwar die Sentenz des o. g. U. bestätigt, dessen Motivierung jedoch durch eine solche ersetzt werden solle, welche die Incompetenz des k. k. LG. in Wien mit der ausschliesslichen Zuständigkeit der k. ungar. Gerichte als Realinstanz über die vorliegende Klage begründet, ist ihre Beschwerde bei dem Umstande, als mit dem o. g. U. das erstr. U. über ihre Appellation zu ihren Gunsten abgeändert worden ist, nicht nur als eine ausserordentliche zu betrachten, sondern sie muss auch als überhaupt unzulässig bezeichnet werden, weil nach §§ 252 u. 260 aGO. Appellation und Revision nur gegen einen Spruch begehrt werden kann, hier aber die gekl. Bank sich nicht durch den o. g. Spruch für beschwert erachtet, vielmehr ausdrücklich dessen Aufrechthaltung begehrt. Was aber die ordentliche Revisionsbeschwerde der Kl. betrifft, so hat das OLG. mit Recht darauf hingewiesen, dass

wenn auch die Forderung, welche den Klagegrund bildet, aus einem Kaufgeschäfte entstanden ist, dieselbe doch jedenfalls durch die grundbücherliche Sicherstellung auf den erkauften Realitäten eine Hypothekarforderung wurde und als solche von der gekl. Bank erworben worden ist; denn aus der Sachlage ergiebt sich, dass die gekl. Bank nicht Rechtsnachfolger des Verkäufers in dem Sinne geworden ist, als ob sie in alle aus dem betreffenden Kaufvertrage sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten des Verkäufers an dessen Stelle eingetreten wäre, sondern dass sie eben nur eine an die Kl. zu stellende Hypothekarforderung im Vertrauen auf das öffentliche Buch cessionsweise erworben hat, als der Hypothekargläubiger dem Hypothekarschuldner gegenübersteht, und nachdem eine solche Erwerbung nach § 6 der Statuten zu dem Geschäftsbetriebe der gekl. Bank gehört, die vorliegende Klage also allerdings einen Gegenstand betrifft, der auf Seite der gekl. Bank als ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 272 Hgb. zu betrachten und daher nach § 38 Z. 2 des EinfG. der Handelsgerichtsbarkeit zuzuweisen ist, so war das in diesem Sinne erlassene o. g. U. zu bestätigen.

322.

Nichtbestellung eines Armenvertreters in Sachen ohne Anwaltszwang (Ehestreitigkeiten).

Vgl. Bd. I Nr. 197. 481; Bd. II Nr. 105. 469; Bd. IV Nr. 35.

(E. 30. April 1889, Z. 4969.)

Die vom Ausschusse der Advocatenkammer verweigerte Bestellung des Armenvertreters wurde vom OLG. aufgetragen in Erwägung, dass Recurrent A nicht in Innsbruck, wo der Ehescheidungsprocess anhängig ist, seinen Wohnsitz hat, sondern in Wien, wesshalb demselben nicht zugemutet werden kann, dass er persönlich bei jeder Tagsatzung in Innsbruck erscheine, und dies um so weniger, als er wegen Mittellosigkeit auf einen ex offo-Vertreter und auf die Stempelgebürenvormerkung Anspruch hat; dass er sohin genötigt ist, sich von einem Dritten vertreten zu lassen, und dass nur die Advocaten die berechtigten Vertreter der Parteien in streitigen Angelegenheiten sind; dass Recurrent somit sich im gegebenen Falle von einem Advocaten vertreten lassen muss, wenn auch der Ehescheidungsprocess nach den Vorschriften des mündlichen Verfahrens zu verhandeln ist.

Der OGH. fand die o. g. E. zu beheben in Erwägung, dass nach der unzweideutigen Vorschrift des § 16 AdvO. v. 6. Juni 1868 (RGB. 96) der Advocat in allen jenen Fällen, in welchen die Partei kraft des Gesetzes durch einen Advocaten nicht vertreten werden muss, auch nicht verpflichtet ist, eine Vertretung unentgeltlich zu besorgen; dass die Ehescheidungsangelegenheit des A gegen seine Gattin nach dem Hfd. v. 23. Aug. 1819 (JGS. 1595) mündlich zu verhandeln, und dass im mündlichen Verfahren die Vertretung der Parteien durch Advocaten vom Gesetze nicht vorgeschrieben ist; dass mithin ein Advocat zur unentgeltlichen Vertretung des A in der Ehescheidungsangelegenheit gegen seine Gattin gesetzlich nicht verpflichtet ist, und dass daher auch die Advocatenkammer nicht aus Opportunitätsgründen angewiesen werden kann, dem A zur Durchführung obiger Ehescheidungsangelegenheit einen ex offo-Vertreter zu bestellen.

323.

Legitimation des auch für die Erben bevollmächtigten Advocaten zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung im Namen des bereits verstorbenen Mandanten.

Vgl. Bd. IV Nr. 244.

(E. 25. April 1889, Z. 4695.)

Das vom Advocaten Dr. X im Namen seines Mandanten A eingebrachte, vom 1. R. aufrecht erledigte Schätzungsgesuch wurde über Recurs des Executen B vom OLG. zurückgewiesen. Denn wenn auch die in den Acten erliegende, dem

Dr. X ertheilte Vollmacht für A und für dessen Erben lautet, so war Dr. X doch nicht mehr berechtigt, namens des A das Gesuch bei Gericht zu überreichen, weil actenmässig durch den vorgelegten Todtenschein nunmehr erwiesen ist, dass A bereits gestorben ist, daher die von ihm ertheilte Vollmacht in Betreff seiner Person erloschen ist. Dr. X hätte somit das Schätzungsgesuch nur namens der Erben nach A, wozu er ja in der Vollmacht legitimiert war, einbringen können. Nachdem er aber dies nicht gethan hat und die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass die von A ertheilte Bevollmächtigung durch dessen Erben mittlerweile widerrufen sein konnte und für diese Möglichkeit eben der Umstand spricht, dass Dr. X es geradezu vermieden hat, namens dieser Erben einzutreten und vorzieht, in Vollmacht eines Verstorbenen, dessen Rechte aber nur seine Erben ausüben können und dürfen, einzuschreiten, so muss dem Recurse des B, welcher auf diesen formellen Mangel des Einschreitens des Dr. X noe. des A hinweist, Folge gegeben und der angef. Bescheid dahin abgeändert werden, dass das Gesuch wegen Mangels des Nachweises der noch derzeit bestehenden Legitimation zum Einschreiten abgewiesen wird.

Der OGH. fand den erstr. Bescheid wieder herzustellen, weil Dr. X mittelst der Vollmacht des A vom 15. Febr. 1888 für diesen und für dessen Erben als Bevollmächtigter ausgewiesen ist, weil er demnach gemäss § 1022 bGb. das Recht und die Pflicht hat, das Geschäft auch nach dem Tode des Gewaltgebers zu vollenden, demnach die gerichtlich geltend gemachte Forderung auch einzutreiben, solange nicht diese Vollmacht von den Rechtsnachfolgern gekündigt worden ist, was zu der auch für die E. des OLG. allein maassgebenden Zeit der erstr. Erledigung nicht der Fall gewesen ist, weil demnach dieser Advocat allerdings berufen war, unmittelbar namens des Kl. die Execution fortzusetzen.

324.

1. Beweispflicht im Rechnungsprocesse. — 2. Inhalt der Schlussbitte der Bemänglungsklage.

(E. 24. Mai 1888, Z. 1134.)

Der von den Eheleuten A über die von B gelegte Sequesterrechnung angebrachten Bemänglungsklage wurde von dem 1. R. nur zum Theile stattgegeben. Gründe: Die Kl. und Executen bemängeln in ihrer Klage nachstehende in der Rechnung v. 15. März 1885 unter den Ausgaben mitangeführte Posten: Post 16. Ihnen — den Eheleuten A — an Taglohn für die Zeit vom 9. Aug. 1884 bis 1. Sept. 1884 bezahlt 40 fl.; Post 17: denselben an Taglohn für die Zeit vom 1. Sept. bis 15. Oct. 1884 bezahlt 47 fl. 30 kr.; Post 20: dem früheren Sequester C die gerichtlich zugesprochenen Kosten gezahlt 60 fl., und stellen das Begehren, dass diese Posten aus den Ausgaben dieser Rechnung ausgeschieden werden mögen, welche Ausgaben sich daher um diese Beträge vermindern, so dass im Entgegenhalte zu den unbestrittenen Einnahmen dieser Rechnung für die Kl. ein Guthaben von 71 fl. 25 kr. sich ergiebt Bevor in die Beurtheilung dieser einzelnen Posten eingegangen wird, ist der Rechtsstandpunkt, den die beiden Streittheile im allgemeinen einnehmen, näher zu erörtern. Der Gekl. bezeichnet es in seinen Erläuterungen als unzulässig, dass die Kl. einzelne Posten ihrer Rechnung einfach widersprechen und auf diese Art die dem Kl. obliegende Pflicht, die Thatsachen anzugeben, aus welchen ihm ein Recht erwächst, nicht erfüllen. Dies ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Die Bemänglungsklage stützt sich eben auf bestimmte, bereits vorliegende Thatsachen, nemlich die vom Gekl. gelegte Rechnung und deren einzelne Posten. Der Kl. kann nun die in der Rechnung vorgebrachten Umstände entweder durch blossen Widerspruch anfechten, oder durch andere selbständig vorgebrachte Umstände (bei anderen Processen Einwendungen im engeren Sinne) zu entkräften suchen. Die Grundregel des § 104 aGO. bleibt für beide Streittheile hier aufrecht. Jeder Streittheil muss seine Behauptungen erweisen und der Beweis wird dann eben jenem Theile auferlegt, der mit irgend einer Behauptung auftritt. Da die Angaben der Rechnung, insoweit sie in Streit gezogen werden, auch Behauptungen einer Partei sind, und zwar Behauptungen des Gekl., so muss dieser sie auch über blossen Widerspruch

des Kl. gerichtsordnungsmässig erweisen. Der Gekl. verwahrt sich weiter gegen die formelle Behandlung der Sache seitens der Kl. in der Klage, verlangt einerseits, dass für jeden Mangel eine besondere eigene Klagsschlussbitte gestellt werde und bezeichnet anderseits die Klagsschlussbitte aus dem Grunde als verfehlt, weil dieselbe nicht zugleich auf die Verurtheilung zur Ersatzleistung gerichtet ist; der Gekl. spricht sogar den Kl. und Executen jedes Recht ab, die blosse Ausscheidung einzelner Posten aus der Reihe der Ausgaben zu verlangen, weil ihnen, nachdem sie keinen Ersatz, keine Zahlung beanspruchen, jedes Interesse an einem solchen Begehren fehlt. Dem gegenüber muss daran festgehalten werden, dass der vorliegende Streit ein Rechnungsprocess ist, für welchen der § 102 aGO. blos die Ausnahme von der allgemeinen Regel vorschreibt, dass jeder Mangel besonders mit fortlaufenden Nummern und seiner Begründung zu stellen ist, dass dies offenbar nur auf die Klagsgeschichte zu beziehen ist und dass das Klagebegehren nach der allgemeinen Regel ein einheitliches Einziges bleiben muss, wenn es auch in mehrere Theile nach den einzelnen Mängeln sich gliedert. Uebrigens wäre es nur eine unnütze Wiederholung und in vielen Fällen gar nicht möglich, auf jeden Mangel eine besondere Klagsbitte zu stellen, ohne den Ueberblick und den Zusammenhang zu verlieren. Aber auch der Inhalt der Klagsschlussbitte ist durch die Natur des Rechnungsprocesses bestimmt, wie sich wieder aus § 100 aGO. ergiebt, nach welchem es bei einer Rechnung nur eine Genehmhaltung oder Bemänglung geben kann und nur auf eine solche daher auch das Klagebegehren gerichtet werden kann. Die mit Grund bemängelten Posten sind eben dann auszuscheiden oder einzubeziehen und beeinflussen auf diese Art das Ergebnis der Rechnung. Der Rechnungsprocess ist und bleibt nur ein Präjudicialstritt; es wäre im Gegentheile eine gesetzlich unzulässige Cumulierung, wenn man schon gleich im Rechnungsprocesse etwaige Forderungs- oder Ersatzansprüche geltend machen würde. In beiden Richtungen ist daher die Klage formell unanfechtbar. Zu den einzelnen Mängeln ist zu bemerken: Post 16 u. 17 der Rechnung. Dies sind Arbeitslöhne, welche die Kl. bemängeln, welche jedoch der Gekl. dahin erläutert, dass er diese Löhne den Kl. dadurch berichtigte, dass er ihnen die in den Erläuterungen angeführten Feldfrüchte, Korn, Weizen, Gerste und Erdäpfel, gegeben habe. Die Kl. gestehen zu, gearbeitet und auch diese Feldfrüchte erhalten zu haben. Dieselben wenden jedoch ein, dass sie den grösseren Theil dieser Feldfrüchte wieder zum Anbaue der sequestrierten Felder, sonach zu Gunsten der Sequestrationsmasse verwendet haben, bezüglich der Gerste, dass sie dieselbe geschenkt erhielten, bezüglich der Erdäpfel, dass sie von dem früheren Sequester C die Erlaubnis hatten, selbe für sich zu bauen. Da es sich hier nur um die rechnungsmässige und rechtlich zulässige Gebarung handelt, so können die Kl. diese Ausgabe umsoweniger bemängeln, als der Gekl. wirklich und innerhalb seiner Befugnisse über diese Feldfrüchte, wie er in der Rechnung angegeben, verfügt hat. Ob die Kl. diese Früchte dann wieder zum Nutzen der sequestrierten Wirtschaft oder für sich verwendet haben, das heisst juristisch, ob sie damit wieder einen Aufwand für die sequestrierte Sache gemacht haben, welchen sie vielleicht nicht hätten machen müssen, oder ob sie dieselben an Zahlungsstatt angenommen und behalten haben, ist für die Rechnung vollkommen gleichgiltig, ebensowie, ob bezüglich der fraglichen Erdäpfel eine Schenkung seitens des früheren Sequesters oder eine Hingabe an Zahlungsstatt Seitens des Gekl. und jetzigen Sequesters angenommen wird. Da nun der Sequester B in seiner Rechnung in dem unbeanständeten Empfange für diese Feldfrüchte die Summe von 82 fl. 53 kr. als Einnahme einstellt, so kann es ihm nicht verwehrt werden, bez. muss er folgerichtig denselben Betrag für diese Feldfrüchte in die Ausgaben einstellen. Richtig hätte allerdings und vielleicht der Sachlage entsprechender eine Bewertung dieser Feldfrüchte weder im Empfange noch in der Ausgabe stattfinden sollen; allein ist sie im Empfange erfolgt, so muss sie eben als durchlaufende Post in der Ausgabe wieder erscheinen. Da nun aber diese Feldfrüchte mit 82 fl. 53 kr. in den Einnahmen bewertet sind, die Eheleute A sie erhalten zu haben gestehen, so kann bis zu dieser Höhe die Lohnforderung der Eheleute A nicht bemängelt werden. Die Klage musste daher hinsichtlich der Mängel zur Post 16, 17 — da diese Posten infolge Richtigstellung nur 79 fl. 80 kr. betragen — abgewiesen werden. Zur Post 20 der Rechnung. Erwiesen ist,

dass die Forderung des früheren Sequesters C 60 fl. beträgt. Diese Post ist daher unter die Ausgaben richtig eingestellt, wenn sie gleich in Wirklichkeit noch nicht verausgabt ist. Einer strengen Rechnungsführung entspricht dies allerdings nicht; es sollten, was auch Kl. rügen, nur die wirklich gemachten Ausgaben als solche, die noch unbezahlten Schulden dagegen abgesondert ausgewiesen sein. Nachdem jedoch der Rechnungsleger diese beiden Gattungen miteinander vermengt, so kann wegen dieser unterlassenen Sonderung allein eine Ausgabspost nicht bemängelt werden.

Das OLG. gab den gestellten Mängeln hinsichtlich eines Betrags von 2 fl. zur Post 16, von 5 fl. 50 kr. zur Post 17, dann hinsichtlich des Betrags von 60 fl. Post 20 unbedingt statt, und erkannte hinsichtlich des Restbetrags von 38 fl. Post 16 und von 41 fl. 80 kr. Post 17 auf den Eid über die erfolgte Berichtigung dieser Beträge durch einverständlich erfolgte Uebergabe von Feldfrüchten, dies aus nachstehenden Gründen: Die Ausführungen der Appellationsbeschwerde des Gekl., insoweit sich dieselben auf die Vertheilung der Beweislast im Rechnungsprocesse beziehen, finden bereits in der sachgemässen Begründung des 1. R., auf welche sich hier bezogen wird, und in der klaren Vorschrift des § 104 aGO. die Widerlegung, der zufolge Gekl., wenn er in die von ihm über die geführte Sequestration gelegte Rechnung eine Ausgabspost einstellt, im Falle der Bestreitung zu erweisen hat, dass die betreffende Ausgabe in dem eingestellten Betrage von ihm thatsächlich bestritten wurde und dass er zu dieser Verausgabung berechtigt war, weil in der Einstellung einer Ausgabe in die zu legende Rechnung die Behauptung einer Thatsache gelegen ist, aus welcher der Rechnungsleger für sich ein Recht, nemlich das Recht der Verfügung über einen äquivalenten Theil des in seiner Verwaltung stehenden Vermögens eines Dritten in einer bestimmten Art und Weise ableitet, er daher im Falle der Bestreitung im Sinne der cit. Gesetzesbestimmung gehalten ist, diese für ihn rechtserzeugende Thatsache gerichtsordnungsmässig ausser Zweifel zu stellen. Die Berufung auf die Vorschrift der §§ 102 und 103 aGO. und Hfd. v. 19. Nov. 1784 (JGS. 368) und v. 28. Mai 1783 (JGS. 139) ist nicht zutreffend, weil diese gesetzlichen Vorschriften keine von der Vorschrift des § 104 aGO. über die Beweislast abweichende Bestimmung enthalten. Ebensowenig berechtigt sind die gegen die formelle und materielle Richtigkeit des Klagebegehrens erhobenen Einwendungen, weil der § 102 aGO. eine bestimmte Formulierung des Klagebegehrens überhaupt nicht vorschreibt, im Contexte der vorliegenden Mängelklage aber dieser Vorschrift entsprechend jeder Mangel besonders mit fortlaufender Nummer gestellt und bei jedem der Grund, aus welchem er gestellt wurde, angeführt worden ist, weil ferner nur über eine gelegte Rechnung, nicht aber über eine Klage auf Ersatz einer bestimmten aus einer Rechnung sich ergebenden Summe das Verfahren nach § 100 aGO. eingeleitet werden kann, eine solche Ersatzklage vielmehr voraussetzt, dass die Rechnung entweder bereits genehmigt oder auf Grund eines Rechnungsprocesses durch richterlichen Spruch endgiltig richtig gestellt worden ist und weil im Rechnungsprocesse nach den Bestimmungen des X. Capitels der aGO. nur über den Bestand oder Nichtbestand der erstatteten Mängel zu erkennen ist, in allen diesen Richtungen aber ein Bedenken gegen das Begehren der Mängelklage nicht vorliegt. Belangend die einzelnen Mängel, so hat der Gekl. in Betreff der Mängel Post 16 und 17 selbst anerkannt, dass die Kl. für auf der sequestrierten Wirtschaft in der Zeit v. 9. Aug. bis 1. Sept. 1884 durch 19 Tage geleistete Arbeiten blos den Betrag von 38 fl. zu fordern hatten und dass er irrtümlich in die Rechnung für 20 Arbeitstage 40 fl. in Ausgabe stellte, ferner dass die Kl. für ihre in der Zeit v. 1. Sept. bis 15. Oct. 1884 geleisteten Arbeiten 31 fl. 80 kr. zu fordern hatten und dass er auch hier die in diese Zeit fallenden Feiertage übersehen und ihnen um 5 Arbeitstage 5 fl. 50 kr. zu viel bezahlt und in die Rechnung als Ausgabe eingestellt habe. Hiedurch erscheint zugestanden, dass die in den Ausgabsposten Zahl 16 und 17 der Rechnung eingestellten Beträge von 40 fl. und 47 fl. 30 kr. rücksichtlich dieser Beträge von 2 fl. und 5 fl. 50 kr. ziffermässig unrichtig sind und, da es sich in diesem Stritte um die objective Richtigkeit der gerügten Rechnung handelt, der Umstand, dass nach Angabe des Gekl. die besagten beiden Beträge den Kl. zu viel ausbezahlt worden sein sollen, die Rechnung in Betreff der Ausgabsposten Z. 16 und 17

nicht zu einer richtigen umgestalten und dieser Umstand deshalb auch nicht in Betracht kommen kann, weil es sich bei dieser Rechnungslegung nicht um die Rechte der Kläger und des Geklagten allein, sondern auch um die Rechte Dritter handeln kann, die nach den Processualbestimmungen in diesem Stritte nicht zur Sprache kommen konnten, da weiters die Kl. die Ausgabsposten Z. 16 und 17 in ihrer Totalität bemängelt haben, musste den Mängeln Post 16 rücksichtlich des Theilbetrags von 2 fl. und den Mängeln Post 17 rücksichtlich des Theilbetrags von 5 fl. 50 kr. unbedingt stattgegeben und diese Beträge aus den Ausgaben der Rechnung ausgeschieden werden. Belangend ferner die Restbeträge von 38 fl. und 41 fl. 80 kr. der Ausgabsposten Z. 16 und 17, so sind dies Lohnforderungen für von den Kl. auf der sequestrierten Wirtschaft geleistete Arbeiten und begründet der Gekl. die Einstellung dieser Beträge unter die Ausgaben durch den Umstand, dass er zur Berichtigung dieser Lohnforderungen den Kl. in deren Einverständnisse Feldfrüchte im Werte von 82 fl. 50 kr. übergeben habe. Die erstr. E. basiert auf der Annahme, dass die Kl. den Erhalt der vorerwähnten Früchte zugestanden haben und dass der Gekl. innerhalb seiner Befugnisse über diese Feldfrüchte verfügt habe. Diese Annahme steht jedoch weder mit der Actenlage noch mit dem Gesetze im Einklange. Die Kl. haben nemlich in den ferneren Mängeln die obige die Einstellung der in Rede stehenden Lohnbeträge unter die Ausgaben begründende Behauptung des Gekl. dem ganzen Wortlaute nach widersprochen und im weiteren Verlaufe nur den Erhalt von Korn und Weizen zugegeben, ohne jedoch über die Modalitäten der Uebergabe etwas Näheres anzuführen. Davon, dass der Gekl. innerhalb seiner Befugnisse über die gedachten Feldfrüchte verfügt habe, könnte nur dann die Rede sein, wenn er seine obige Behauptung über den Inhalt der mit den Kl. getroffenen vertragsmässigen Vereinbarung erweisen kann. Denn der Gekl. hat dadurch, dass er die mehrerwähnten Feldfrüchte unter die Eingaben der Rechnung eingestellt hat, anerkannt, dass er diese Feldfrüchte percipierte, kann sie also auch nur berechtigterweise wieder verausgaben, diese Berechtigung läge aber nach § 296 aGO. nicht vor, wenn er jene behauptete Vereinbarung nicht erweisen würde. Uebrigens hat der Gekl. auch nicht die Feldfrüchte, sondern die beglichenen Lohnbeträge in Ausgabe gestellt, die Appellation ist daher in diesem Punkte begründet und musste der Ausfall des Stritts bezüglich der Mängel Post 16 und 17 von dem angebotenen Haupteid abhängig gemacht werden. Belangend den Mangel zur Post 20 der Ausgaben, stellt sich derselbe als begründet dar, weil nicht der Umstand, dass die Forderung des früheren Sequesters C mit 60 fl. nachgewiesen ist, sondern die Thatsache, dass der Gekl. diese Forderung aus der Sequestrationsmasse effectiv bezahlt hat, für die Beurtheilung der Richtigkeit dieser Ausgabe maassgebend ist, der Gekl. aber ausdrücklich zugestanden hat, dass er die Zahlung dieser 60 fl. an C nicht geleistet habe. Es musste demgemäss auch in diesem Punkte das erstr. U. abgeändert werden.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Die Revisionsbeschwerde, betreffend die Beweislast und die angebliche Mangelhaftigkeit des Klagspetits, war, da die gleichlautenden untergerichtlichen Urtheile weder eine Nichtigkeit noch offenbare Ungerechtigkeit erkennen lassen, zufolge Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) abzuweisen. Die Grundlage der Mängelsklage bildet die vom Sequester B gelegte Rechnung, daher auch die dort angesetzten Ausgabsposten nach ihrem Ziffernansatze, insbesondere auch die Ansätze der Lohnforderungen von 40 fl. und 47 fl. 30 kr. zum Ausgangspunkte genommen und die, wie sich später zeigte, irrtümlich angesetzten Theilbeträge von 2 fl. und 5 fl. 50 kr. unbedingt ausgeschieden werden mussten. Bezüglich der restlichen Lohnforderungen von 38 fl. und 41 fl. 80 kr. war, weil die Kl. die wirkliche Bezahlung durch Uebergabe von Naturalien bestreiten, der vom Gekl. angebotene Beweis und, weil die Zeugenaussagen keinen Ausschlag geben, auf den vom Gekl hierüber aufgetragenen Haupteid zu erkennen. Die Ausgabspost von 60 fl. für den vorigen Sequester C musste unbedingt ausgeschieden werden, weil, wenn ihm auch dieser Betrag zugestanden wurde, die Post nicht in diese Rechnung gehört, nachdem der Rechnungsleger selbst zugesteht, dass sie noch nicht bezahlt sei.

325.

Legitimation des Hypothekargläubigers zur Bemänglung der Sequestrationsrechnung.

(E. 9. Mai 1889, Z. 4407. — II. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 463.)

A hat als Hypothekargläubigerin sequestrierter Liegenschaften gegen B als Sequester derselben die Bemänglungsklage überreicht, gegen welche B einwendet, dass A nicht berechtigt sei, seine Sequestrationsrechnung zu bemängeln. Der 1. R. gab dem Klagebegehren statt. Das OLG. wies dasselbe mit nachstehenden Erwägungen ab: Nur der die Sequestration führende Gläubiger und der Execut sind berechtigt, die Legung der Sequestrationsrechnung vom Sequester zu verlangen, die gelegte Rechnung zu prüfen, sie zu genehmigen oder zu bemängeln. Denn der Sequester wird über Antrag der Parteien, d. i. des Exequenten und Executen, zur Vermögensverwaltung bestellt und es obliegt demselben, wie einem anderen Bevollmächtigten, nur seinen Vollmachtgebern und nicht auch anderen Personen die Rechnung zu legen, welche der Richter nach § 297 aGO. beiden Parteien, d. i. dem Exequenten und dem Executen zur Genehmigung oder Bemänglung zuzustellen hat. Bücherlichen Gläubigern, welche Sequestration nicht geführt haben, wird überhaupt die bewilligte Sequestration nicht bekanntgegeben, weil sie an der Sache keine Theilnehmer sind. Hieran wurde durch das Hfd. v. 12. Oct. 1790 (JGS. 63) nichts geändert; denn die Nichtbeachtung dieser gesetzlichen Bestimmung kann den Sequester den Tabulargläubigern gegenüber für die durch ihn allenfalls verursachten Nachtheile wohl ersatzpflichtig machen, solche Nachtheile können aber blos mittelst ordentlicher Klage auf Ersatz gegen den Schuldtragenden geltend gemacht werden. In die Rechtsverhältnisse zwischen dem Executionsführer und dem Executen einerseits, dann dem Sequester anderseits darf sich ein Tabulargläubiger nicht einmengen, der die Sequestration nicht erwirkt hat.

Der OGH. fand das U. des 1. R. aus nachstehenden Gründen wieder herzustellen. Die Kl. ist Pfandgläubigerin der sequestrierten Hypothek und ihr steht das Recht zu, aus dem Erlöse der Sequestration nach Ordnung der Priorität der Capitalien ihre Befriedigung rücksichtlich der Zinsen zu begehren. Ob der durch die Mängel richtigzustellende Sequestrationserlös auch für die Zinsen der Capitalien zureichen wird oder nicht, berührt nicht die Legitimationsfrage, da eben die Bemänglung vorausgehen muss, damit jenes Resultat erzielt werde. Dieser Rechtsansicht steht die Anordnung des § 297 aGO.: „Dass der Richter die Sequestrationsrechnung beiden Theilen zu Handen des Klägers . . . . zur Genehmhaltung oder Bemänglung zustellen zu lassen habe“ — nicht entgegen, weil der § 297 aGO. nach seiner Stellung im Systeme der aGO. und insbesondere mit Beziehung auf die maassgebenden §§ 292 u. 293 aGO., die vom „Kläger“ und vom „Geklagten“ sprechen, zwei Streittheile vor Augen hat und das Rechtsverhältnis dieser Streitparteien zu einander und zum Sequester regelt und darum auf den Fall der Executionsführung mittelst Sequestration, wo neben dem Kläger und Geklagten sofort andere Interessenten auftreten können, nicht bezogen werden kann. Der Sequestrationserlös ist eine abgeschlossene, für sich bestehende Vermögensmasse, auf welche gewisse vom Gesetze voraus bestimmte Personen einen Anspruch haben (Hfd. v. 12. Oct. 1790, JGS. 63 — Resolut. v. 31. Oct. 1785, JGS. 489); es wäre mit dieser Festsetzung des Gesetzes nicht zu vereinigen, wenn diesen offenbar an der Ziffer der Einnahmen und Ausgaben vermögensrechtlich betheiligten Personen das Recht abgesprochen werden wollte, nachzuweisen, dass die Einnahmen grösser und die Ausgaben geringer sind. Das OLG. anerkennt dieses Recht der Gläubiger der sequestrierten Hypothek, verweist aber die durch unwahre Ziffern der Rechnung geschädigten Theilnehmer auf den Weg der gegen den Sequester zu richtenden Schadenersatzklage. Hiebei wird übersehen, dass das Recht des Hypothekargläubigers „auf die schuldige Abführung der Interessen (Hfd. v. 12. Oct. 1790, JGS. 63) offenbar eine Einnahme des Sequesters voraussetzt und bei vorhandener Einnahme von der Höhe der Ausgaben abhängt, die Ziffer der Einnahmen und Ausgaben aber ohne Bemänglung, also ohne einen Rechnungsprocess nicht festgestellt werden kann.

326.

Beschlagnahme des Dienstlohns des Privatbediensteten eines Postmeisters wegen schuldiger Alimente.

(E. 24. April 1889, Z. 4433.)

Die pto. 276 fl., 17 fl. 50 kr. und 33 fl. angesuchte executive Einantwortung des schuldnerischen Gehalts von 25 fl. monatlich wurde vom 1. R. abgeschlagen, vom OLG. bewilligt, vom OGH. nur für den Betrag von 17 fl. 50 kr. zugelassen in der Erwägung, dass auf den Executen das Gesetz vom 21. April 1882 (RGB. 123) keine Anwendung findet und dass derselbe als in Privatdiensten nicht dauernd angestellt angesehen werden muss; dass nach § 3 des Gesetzes vom 29. April 1873 (RGB. 68) ein ausser dem Falle des § 2 gebürendes Entgelt durch Sicherstellungs- oder Executionsverfügungen nicht früher getroffen werden kann, als die Arbeiten oder Dienste geleistet sind, und der Tag abgelaufen ist, an welchem das Entgelt auszuzahlen war, dass aber dieses Gesetz auf die executive Eintreibung des gesetzlichen Unterhalts keine Anwendung findet und dass von den verschiedenen Beträgen nur jener von 17 fl. 50 kr. aus dem Titel des Unterhalts dem Vormunde der m. B gebürt, während die übrigen Beträge theils für Processkosten, theils der Mutter der Minderjährigen ex § 1042 bGB. gebüren, weshalb auf diese Beträge der § 3 des cit. Ges., dessen Bedingungen hier nicht zutreffen, in Anwendung zu kommen hat.

327.

Unzulässigkeit des Verbots für urtheilsmässig zugesprochene künftige Alimente.

Vgl. oben Nr. 261 u. Nachw.

(E. 27. März 1889, Z. 4181.)

Das angesuchte Verbot auf eine Forderung des Alimentationspflichtigen zur Sicherstellung der künftigen Alimentationsraten wurde in allen Instanzen abgeschlagen, vom OGH. in der Erwägung, dass das provisorische Sicherstellungsmittel des gerichtlichen Verbots gemäss § 283 in Zusammenhaltung mit § 275 aGO., in welch' letzterer Gesetzesstelle von „schuldiger Zahlung“ die Rede ist, offenbar nur wegen einer Forderung, deren Zahlungsverbindlichkeit bereits eingetreten ist, nicht aber wegen einer erst künftig fällig werdenden und in ihrem Bestande überhaupt durch das am Lebensein der m. A zur Zeit der Fälligkeit der einzelnen Alimentationsraten bedingten Forderung zulässig ist.

328.

1. Voraussetzung der Execution in eine für einen Dritten vinculierte Caution. — 2. Notwendigkeit der näheren Bezeichnung des nicht in Handen des Executen befindlichen Pfandobjects.

(E. 14. Dec. 1888, Z. 10294.)

Dem Ansuchen des A um Bewilligung der Execution in eine angeblich seinem Schuldner B gehörige, auf den Namen des C vinculierte Caution wurde vom 1. R. keine Folge gegeben, weil dieselbe zugegebenermassen auf den Namen des C vinculiert ist, daher offenbar kein Vermögensobject des Schuldners bildet.

Das OLG. bewilligte die angesuchte Execution; denn gemäss § 453 wGO. hat der Executionsführer, der auf das fahrende Gut des Schuldners die Execution führen will, jene Güter anzuzeigen, worauf er greifen will, und wenn kein anderes Hindernis obwaltet, ist die Execution zu bewilligen, zumal der Executionsführer die erwähnte, obwohl auf den Namen des C vinculierte Caution ausdrücklich als zum Vermögen des Schuldners gehörend bezeichnet hat.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, weil der Bittsteller in keiner Weise bescheinigt hat, dass die in Execution zu ziehende Caution Eigentum des Executen bilde, er ferner gar nicht angegeben hat, woraus diese Caution

besteht und die nähere Bezeichnung des Pfandobjects zum Zwecke einer weiteren Executionsführung umsomehr erforderlich war, als sich dasselbe nicht in Handen des Executen befindet und in diesem Falle nach seiner Natur die Beschreibung der Pfandstücke nicht erst durch einen Gerichtsabgeordneten vorzunehmen wäre.

329.

Begriff des wirtschaftlichen Verderbens des Executen als Voraussetzung für die Unwirksamerklärung einer verletzenden Zwangsversteigerung.

(E. 3. Jän. 1889, Z. 15247.) ~ Hr 103

Dem Gesuche um Unwirksamerklärung der Zwangsversteigerung wurde vom 1. R. keine Folge gegeben, weil, wenngleich der Feilbietungserlös geringer ist, als der dritte Theil des ermittelten Schätzungswerts, doch das zweite Erfordernis, das wirtschaftliche Verderben des Schuldners, nicht vorhanden ist, da aus den Anführungen des Executen selbst und aus den im Wege der Polizeidirection eingeholten Erkundigungen hervorgeht, dass A Eigentümer von zwei Häusern ist, nemlich des im Feilbietungswege verkauften und eines zweiten, aus dessen Einkünften er seine einzigen Subsistenzmittel bezieht, während er ausser Stande ist, sich in anderer Weise einen Erwerb zu gewinnen; und in Erwägung, dass das Ges. v. 10. Juni 1887 im öffentlichen Interesse und nicht zum Vortheile einzelner Schuldner erlassen wurde; dass daher in dem Ausdrucke wirtschaftliches Verderben nicht auch der Fall verstanden werden kann, wo kraft der executiven Feilbietung eines unbeweglichen Guts der Execut von anderen Subsistenzmitteln entblösst bleiben würde, ohne dass jedoch der Abgang des unbeweglichen Guts unheilbringende Folgen für die Ausübung seines Gewerbes, seiner Ackerwirtschaft u. s. w. herbeiführen würde, da, wenn dies der Fall wäre, der Gesetzgeber im § 18 des cit. Gesetzes hievon ausdrücklich Erwähnung gemacht hätte.

Das OLG. bestätigte diese E. aus deren Erwägungen und bemerkte noch, dass, nachdem der Beschwerdeführer noch ein zweites Haus besitzt, welches ihm durch Vermietung ein Einkommen gewährt, und welches er bewohnt, und dass er entweder selbst, oder durch dritte Personen das Bäckergewerbe betreiben könnte, weshalb nicht gesagt werden kann, dass durch den Verkauf des anderen Hauses sein wirtschaftliches Verderben herbeigeführt worden sei.

Der OGH. verwarf die a. o. Revisionsbeschwerde, da in der Auslegung, welche die unteren Instanzen des § 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74) gegeben haben, keine offenbare Ungerechtigkeit im Sinne des Hfd. v. 15. Febr. 1833 erblickt werden könne, wenn man bedenkt, dass dem erwähnten Paragraphe zufolge die in Rede stehende Feilbietung nur dann unwirksam erklärt werden könnte, wenn dieselbe das wirtschaftliche Verderben des Schuldners herbeiführen würde, was, wie von der ersten Instanz ausgeführt wurde, vorliegend nicht der Fall ist.

330.

Zurückweisung des Ueberbots bei Hinterlegung einer geringeren als der vorgeschriebenen Caution. Unzulässigkeit einer nachträglichen Ergänzung des Erlags.

(E. 9. März 1889, Z. 2896.)

Das vom 1. R. angenommene Ueberbot wurde vom OLG. zurückgewiesen, weil die vom Ueberbieter erlegten Wertpapiere nur 1181 fl. ausmachen, während 1280 fl. zu erlegen gewesen wären. Der OGH. bestätigte die o. g. E. in der Erwägung, dass ein Ueberbot im Sinne des § 10 des Ges. vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) kraft des § 11 dieses Gesetzes innerhalb der peremtorischen Frist von 14 Tagen gemacht werden und das betreffende Gesuch den Nachweis enthalten muss, dass der dem fünften Theile der angebotenen Summe entsprechende Betrag (im vorliegenden Falle von 1280 fl.) bereits hinterlegt worden sei; dass der Richter sich beschränken muss, zu prüfen, ob die Bedingungen der §§ 10 und 11 eingehalten seien und ob das Ueberbot annehmbar sei oder nicht (§ 13); dass das

Gesetz den Richter nicht ermächtigt, einen in welch' immer für eine Weise unterlaufenen Fehler zu verbessern, da auf diese Art die peremtorische Frist von 14 Tagen indirecter Weise verlängert werden würde; dass grundsätzlich, wenn die Möglichkeit eines späteren Nachholens eines Gesuchmangels zugegeben würde, dadurch der Weg eröffnet würde zur Ueberreichung mangelhafter Eingaben und zur Vereitlung des § 11 des cit. Ges., wodurch allenfalls im Einverständnisse mit dem Executen die Beendigung der Executionssache hinausgeschoben werden könnte; dass die Billigkeitsrücksichten, von welchen die neue Einrichtung geleitet wird, nicht dahin führen dürfen, dass anderen Berechtigten gegenüber dadurch Ungerechtigkeiten entstehen würden.

331.

Ausdruck der Solidarverpflichtung in der wechselrechtlichen Zahlungsauflage an mehrere Verpflichtete.

(E. 27. März 1889, Z. 3324.)

In der erlassenen Zahlungsauflage war den Geklagten die Zahlung schlechthin, nicht die Solidarzahlung aufgetragen worden und dem deshalb vom Kl. ergriffenen Recurse wurde vom OLG. in der Erwägung keine Folge gegeben, dass die ausdrückliche Aufnahme der aus dem Wechselrechte nach § 81 der WO. fliessenden Solidarverbindlichkeit mehrerer Wechselverpflichteten in dem zu erlassenden Zahlungsauftrage nach § 5 und 7 der JMVdg. vom 25. Jänner 1850 (RGB. 52) nicht besonders vorgeschrieben ist.

Der OGH. fand die Zahlungsauflage dahin zu ergänzen, dass die ausgesprochene Zahlungspflicht der Bel. eine solidarische ist, dies in der Erwägung, dass in der Klage ausdrücklich das Begehren gestellt wurde, den beiden Belangten in solidum die Zahlung der eingeklagten Wechselsumme sammt Nebengebüren aufzutragen; dass nach der auch für das wechselrechtliche Verfahren nach dessen § 26 giltigen Bestimmung des § 248 aGO. das Urtheil dem Begehren der Partei gemäss abgefasst sein muss; dass das Begehren der Klage auf Solidarzahlung im Art. 81 WO. begründet ist und die Uebergehung desselben mit Stillschweigen nicht gerechtfertigt erscheint, da der bezogene Artikel blos materielles Recht giebt und Kl. eben den richterlichen Ausspruch fordert, dass ihm dieses materielle Recht wider die Belangten zustehe; dass sonach die unterger. EE. wider das Gesetz verstossen.

332.

Unanwendbarkeit des Bagatellverfahrens auf Klagen wegen einer durch Compensation auf 50 fl. verminderten Restschuld.*

(E. 1. Mai 1889, Z. 4955.)

Der OGH. trug dem OLG., das das erstr. U. in einem Summarprocess cassiert und die Einleitung des Bagatellverfahrens angeordnet hatte, auf, über die Appellation der Gekl. nach den Vorschriften des summarischen Verfahrens abzusprechen; dies in der Erwägung, dass die Klage die Berichtigung der mit 63 fl. 90 kr. bezifferten Forderung anstrebt und blos deshalb lediglich die Bezahlung des Betrags von 29 fl. 40 kr. begehrt, weil sich dieser als der aus der Vergleichung der dem Gegner zustehenden (in der Klage einzeln angeführten) Forderungen im Gesammtbetrage von 34 fl. 50 kr. sich ergebende Ueberschuss ergiebt, weshalb im vorliegenden Falle nach al. 2 des § 15 ad a der JN. und § 7 des Ges. v. 27. April 1873 (RGB. 66) die Anwendung des § 1, Z. 1 dieses Gesetzes ausgeschlossen ist, dass hienach vom Richter erster Instanz in dieser Rechtssache mit Recht das summarische Verfahren eingeleitet wurde.

---

* Vgl. Beisser in dieser Zeitschr. Bd. III S. 385 ff.

E. Strafrecht und Strafprocess.

333.

456. Einen Nichtigkeitsgrund bildet die Ablehnung der in Betreff der Fragenstellung geäusserten Wünsche der Geschworenen (§ 327 StPO.) nur dann, wenn dieselbe wider die Vorschriften der §§ 318 bis 323 StPO. verstösst.

(E. 12. März 1889, Z. 54. — Vors.: Hofr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott; V.: Dr. Ruzicka.)

Von der StA. in Spalato waren angeklagt: Dujo A wegen Verbrechens des bestellten Meuchelmords, begangen an Stefan T, als unmittelbarer Thäter; Ivan A wegen unmittelbarer thätiger Mitwirkung zu diesem Morde; Jozo A als dessen Besteller. Der Anklage entsprechend, wurde den Geschwornen für jeden Angeklagten nur eine Hauptfrage vorgelegt. Die Erkundigung des Vorsitzenden, ob die Parteien noch andere Fragen beantragen, wurde verneint. Die Geschwornen jedoch begehrten, nachdem sie in Beratung getreten waren, für jeden Angeklagten Eventualfragen auf gemeinen Mord und auf Todtschlag. In der hierüber eingeleiteten Verhandlung (§ 327 StPO.) sprach sich der StA. dafür aus, dass nur eine neue Frage, und zwar für Dujo A nach §§ 134 u. 135, Z. 4 StG. und für Ivan und Jozo A nach §§ 5 und 137 StG. zugelassen werden möge; der Frage auf Todtschlag widersetzte er sich. Die Vertheidiger verhielten sich durchaus ablehnend. Der Gerichtshof entschied im Sinne des StA. Nach Verneinung der Hauptfragen bejahten die Geschwornen nur die wider Dujo A gerichtete Eventualfrage, worauf Letzterer (mit U. vom 22. Nov. 1888, Z. 652) des Verbrechens des gemeinen Mordes schuldig erkannt worden ist. Seine NB. wurde vom Cassationshofe verworfen. Gründe: Die NB. des Dujo A bezieht sich auf die Nichtigkeitsgründe des § 344, Z. 4, 5 u. 6 StPO., bringt aber in Wirklichkeit nur den Nichtigkeitsgrund des § 344, Z. 6 StPO. zur Darstellung, indem sie ausführt, dass durch Verweigerung der Stellung einer Frage auf das Verbrechen des Todtschlags trotz des von den Geschwornen in dieser Richtung ausgesprochenen Wunsches die gesetzlichen Vorschriften über die Fragestellung verletzt worden seien. Hervorgehoben muss zunächst werden, dass § 344, Z. 6 StPO. nur die Verletzung der in den §§ 318—323 StPO. enthaltenen Vorschriften über die Fragestellung mit Nichtigkeit bedroht und dass der unter den citierten Paragraphen nicht enthaltene § 327 StPO. es im Falle eines von den Geschwornen geäusserten Wunsches auf Stellung einer neuen Frage dem Gerichtshofe keineswegs zur Pflicht macht, diesem Wunsche ohneweiters zu entsprechen, sondern nur darüber in wiedereröffneter Sitzung zu verhandeln und zu entscheiden. Nur in dem Falle also, wenn die Nichtberücksichtigung des von den Geschwornen geäusserten Wunsches zugleich eine Verletzung der in den §§ 318—324 StPO. enthaltenen und im § 344, Z. 6 StPO. unter Nichtigkeit gestellten Vorschriften über die Fragestellung in sich schliessen würde, könnte aus diesem ablehnenden Beschlusse des Gerichtshofs ein Nichtigkeitsgrund abgeleitet werden. Dies trifft im vorliegenden Falle nicht zu, und die Hinweisung des Gerichtshofs (bei Begründung seines ablehnenden Erkenntnisses) auf den Mangel einer im Laufe des Verfahrens vorgekommenen thatsächlichen Behauptung, welche die Stellung einer Eventualfrage auf Todtschlag im Sinne des § 320 StPO. zur Pflicht machen würde oder auch nur den Anlass dazu bieten könnte, entspricht nicht nur vollkommen der Processlage, es wurde diese Ansicht vielmehr auch von der Vertheidigung dadurch als berechtigt anerkannt, dass dieselbe bei der Hauptverhandlung (im Gegensatze zu dem nun in der Nichtigkeitsbeschwerde eingenommenen Standpunkte) sich dem von den Geschwornen geäusserten Wunsche, es möge ihnen eine Frage auf Todtschlag vorgelegt werden, widersetzt hat.

Wird erwogen, dass der Angekl. Dujo A die ihm zur Last gelegte That beharrlich geleugnet hat, dass daher von seiner Seite keine Behauptung aufgestellt wurde, welche die unter Anklage gestellte That der weniger strengen Beurtheilung als Todtschlag zuzuführen geeignet gewesen wäre; dann das Abfeuern einer mit Jagdschrot geladenen Schusswaffe aus der Entfernung von 50 Metern

gegen den eben aus seinem Hause tretenden Stefan T. der, in den linken Lungenflügel tödtlich getroffen, zusammenbrach, eine That ist, welche, wenn erwiesen, die Absicht zu tödten erschliessen lässt, zumal auch von Seite der Vertheidigung auf keinen Umstand hingewiesen wurde, aus dem sich hätte folgern lassen, die Absicht des Thäters sei nur auf Verwundung, nicht auf Tödtung des T gerichtet gewesen; und dass auch die weiteren, in der Nichtigkeitsbeschwerde angeführten thatsächlichen Momente, so sehr dieselben bei Würdigung der Beweisfrage erheblich erscheinen mochten, doch keineswegs den Charakter von thatsächlichen Behauptungen haben, geeignet, die unter Anklage gestellte That einem milderen Strafgesetze zu unterstellen, so kann der Vorgang des Gerichtshofs nur als gerechtfertigt erkannt und muss die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen werden.

334.

464. Urheberrechtlicher Schutz der Photographien. — Bei Werken, welche der Träger des Urheberrechts sofort selbst vervielfältigt, wird der im § 10 des kais. Pat. v. 19. Oct. 1846 (JGS. 992) erwähnte Vorbehalt nicht erfordert.[1] — Die Voraussetzung des Erscheinens unter Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten (§ 3 Al. 1) besteht auch für Kunstwerke (§ 3 Al. 2).[2]

(Cass.-E. 10. Mai 1889, Z. 2285. Vors.: Hofr. v. Haslmayr; Vertr. d. Privatankl.: Dr. Strisower; V.: Dr. Foregger.

Gründe: .... Die NB. macht den Nichtigkeitsgrund des § 281, Z. 9a StPO. deshalb geltend, weil Photographien nicht als Werke der Kunst im Sinne des § 1 des kais. Pat. v. 19. Oct. 1846 anzusehen sind. Dieser Paragraph enthält eine Bestimmung des Begriffs „Werke der Kunst" nicht und es wird bei der erst einer späteren Zeit angehörigen Erfindung photographischer Darstellung und Vervielfältigung im Pat. v. J. 1846 und im § 467 des Strafges. v. J. 1852 der Photographie selbstverständlich nicht erwähnt. Die Frage, ob Photographien als Werke der Kunst anzusehen seien, muss daher an der Hand solcher Gesetzesstellen beantwortet werden, welche dem Geiste und der Absicht des kais. Pat. v. 19. Oct. 1846 entsprechen. In dessen § 9 finden sich Reproductionsarten erwähnt, welche ausdrücklich als der zeichnenden Kunst angehörig erklärt werden, und es kann umso minder bezweifelt werden, dass Photographien den Werken zeichnender Kunst gesetzlich gleichgestellt zu betrachten sind, als einerseits deren Erzeugung einen gewissen Grad von technischen Kenntnissen und Geschicklichkeit erfordert, anderseits aber der Erlass des Staatsministeriums v. 27. April 1864, Z. 7653, photographische Erzeugnisse als dem Pressgesetze unterliegend und somit dieselben auch als Erzeugnisse der Kunst erklärt, deren der § 4 des Pressges. vom 17. Dec. 1862 (RGB. 1863 Nr. 6) gedenkt. Aus diesen Erwägungen stellt sich daher die in der besprochenen Richtung erhobene NB. als unbegründet dar. Das Nemliche ist der Fall, insoferne die NB. den Absatz 9a des § 281 StPO., unter Hinweisung auf § 10 des kais. Pat. v. 19. Oct. 1846, damit geltend macht, es sei auf den Original-Photographien ein Vorbehalt der Vervielfältigung nicht ersichtlich gewesen. Allein § 10 des kais. Pat. v. 19. Oct. 1846 hat nach seinem klaren Wortlaute ein vollendetes Kunstwerk, z. B. ein Gemälde, eine Statue im Auge. Ein derartiges Kunstwerk besteht eben nur in Einem Exemplare, dem Originale selbst. Beabsichtigt der Künstler, dieses sein Kunstwerk durch Nachbildung zu vervielfältigen, so muss er diese Absicht, welche ohneweiters weder vermutet noch vorausgesetzt werden kann, nach Vorschrift des § 10 des gedachten kais. Pat. zum Ausdrucke und zur Kenntnis des Beschauers bringen. Dagegen kann die Anordnung dieses Paragraphen auf Werke, welche erst durch ihre Vervielfältigung öffentlich in's Leben treten und nur durch diese

---

[1] Vgl. E. 11. Dec. 1885, Z. 9065 in dieser Zeitschr. Bd. V Nr. 174. und in der Samml. der GZ. Nr. 859 und vom 26. Mai 1882, Z. 3113' in der Samml. der GZ. Nr. 455.

[2] „Diese formalen Requisite erscheinen notwendig, weil es ohne dieselben bei der grossen Zahl von Photographien unmöglich sein würde, festzustellen, wer der Berechtigte sei, dessen Genehmigung zur Abbildung eingeholt werden muss und auf welche Zeit seine Ausschliesslichkeit sich erstreckt." — Dr. Oscar Wächter „Das Urheberrecht", S. 283.

dem Publicum zugänglich werden, wie dies bei den in Rede stehenden Photographien der Fall ist, offenbar keine Anwendung finden. Nicht die Originalaufnahme als solche, sondern die durch Vervielfältigung erzeugten Copien sind Gegenstand der Veröffentlichung; es wäre daher nicht nur überflüssig, sondern vielmehr widersinnig, wenn bei der Veröffentlichung die bereits in Ausführung gebrachte Vervielfältigung besonders in Vorbehalt genommen werden müsste, und dies zwar umsomehr, als die im § 10 weiters noch auferlegte Verpflichtung, jenen Vorbehalt binnen zwei Jahren vom Erscheinungsjahre in Ausführung zu bringen, gegenstandslos wäre.

Die Vertheidigung macht endlich den Nichtigkeitsgrund des Abs. 9a des § 281 StPO. noch in der Richtung geltend, dass gemäss § 3 des mehrerwähnten Patents von Werken der Kunst das Verbot der Vervielfältigung ohne Genehmigung des Urhebers nur dann gilt, wenn das Kunstwerk selbst mit Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten erschienen ist. Die Meinung der Vertheidigung, die Vorschrift der Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten beziehe sich allein nur auf literarische, nicht aber auch auf Werke der Kunst — denn nur bei den ersteren, nicht aber auch bei den letzteren werde sie im § 3 erwähnt — muss als irrig bezeichnet werden, wenn erwogen wird, dass der mit § 3 des Patents in unmittelbarem Zusammenhange stehende § 2 einen Unterschied zwischen einem literarischen und einem Kunstwerke nicht macht und dem Urheber Beider das ausschliessliche Recht der Verfügung mit seinem Erzeugnisse ausdrücklich unter den im gegenwärtigen Gesetze festgesetzten Bedingungen einräumt.

Im angef. U. und dessen Gründen vermisst man aber die Feststellung der Thatsache, dass die Original-Photographien mit Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten erschienen seien, welche Thatsache vorliegen muss, wenn anders von richtiger Gesetzesanwendung im Urtheile die Rede sein soll. Es musste daher in der zuletzt besprochenen Richtung der NB. Folge gegeben und gemäss Abs. 3 des § 281 StPO. unter Cassierung des U. die Sache zur neuerlichen Verhandlung zurückverwiesen werden.

335.

465. Diebstahl oder Betrug?

(Cass. E. 10. Mai 1889, Z. 3550. — Vors.: Hofr. v. Haslmayr; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: In thatsächlicher Beziehung hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Angekl. Karl B der Angekl. Johanna S zur Begleichung von Forderungen, welche die S an B zu stellen hatte, im Laden des Michael R, wo B als Verkäufer angestellt war und die S als Kunde erschien, Kaffee für einen Betrag von 21 fl. übergab, welchen B den Vorräten seines Dienstgebers entnommen hatte, und den die S an der Casse des Verkaufsladens auf Grund des von B ausgestellten Zettels im Einverständnisse mit diesem als Mehl mit 1 fl. 80 kr. bezahlte. Der Gerichtshof sah die That als Diebstahl und daher nach § 174, II b, bez. für B auch nach § 176 bStG. als verbrecherisch an, von der Erwägung ausgehend, dass die Ausstellung des Zettels mit der Angabe, das der S übergebene Packet enthalte Mehl, nur zur Verdeckung des schon vollbrachten Diebstahls stattfand, denn dieser (der Diebstahl) sei mit der Uebergabe des Kaffee enthaltenden Packets seitens des B an die S schon vollendet gewesen. Die NB. der Angekl. Johanna S. macht dem gegenüber die Nichtigkeitsgründe des § 281, Z. 5 und 9 StPO. geltend, weil die dem Angekl. Karl B und bez. der Nichtigkeitswerberin zur Last fallende That sich nicht als Verbrechen des Diebstahls, sondern als Uebertretung des Betrugs darstelle; denn ohne Genehmigung des im Verkaufsladen bestellten Cassiers hätten die Waaren nicht aus dem Laden enttragen werden können, bis zu diesem Zeitpunkte habe keine Besitzentziehung stattgefunden, bis dahin seien die Waaren vielmehr im Besitze des Eigentümers (R) geblieben. Die Genehmigung des Cassiers zur Enttragung der Waare sei durch den von R ausgestellten Zettel erschlichen worden; nicht zur Verdeckung des schon begangenen Diebstahls, sondern zur Erlangung dieser Genehmigung habe der Zettel gedient. In der betrügerischen Erlangung der Einwilligung des Cassiers zur Enttragung der höherwertigen

Waare liege der strafbare Thatbestand. Die NB. ist als begründet zu erkennen. Sie ist es allerdings nicht unter dem Gesichtspunkte des § 281, 5 StPO., denn über die dem Cassier im einzelnen obliegenden Verrichtungen bieten die Ergebnisse des Verfahrens keinen Anhalt; es kann daher dem Urtheile auch nicht zum Vorwurfe gereichen, dass es sich diesfalls in Feststellungen nicht einlässt. Aber materiellrechtlich (und zwar nach § 281, Z. 10, nicht 9 StPO.) erscheint das Urtheil irrtümlich. Allerdings schliesst die Anwendung eines mehr oder weniger hohen Grads von Schlauheit (List) den Thatbestand des Diebstahls nicht aus, soferne die List nur dazu dient, die gegen den Willen des Besitzers stattfindende Besitzentziehung möglich zu machen, oder die schon stattgefundene zu bemänteln. Wesentlich ist aber im vorliegenden Falle die Erwägung, dass es sich nach den Feststellungen des Urtheils nicht um eine ohne Einwilligung des Besitzers stattgefundene Besitzentziehung handelt. Der Angekl. B war ja, als Commis im Verkaufsgewölbe R's bestellt, von seinem Dienstgeber allgemein ermächtigt, Waaren an Kunden abzugeben. Dadurch, dass er dies auch der S gegenüber that, und ihr, die als Kunde im Laden erschien, Kaffee übergab, hat B noch nicht gegen den ihm ertheilten Auftrag gehandelt. Dies geschah erst, als er, statt pflichtgemäss dem Cassier den auf die veräusserte Waare entfallenden Preis behufs Einhebung desselben bekannt zu geben, demselben eine minderwertige Waare als verkauft bezeichnete. Die Irreführung des Cassiers verbunden mit der Absicht der Schädigung des Dienstgebers dadurch, dass der Cassier für den letzteren nicht den vollen Preis der verkauften Waare, sondern einen geringeren Betrag einhob, begründet den strafbaren Thatbestand; dieser aber kann nur als Betrug gefasst werden.

Mit Rücksicht auf die Höhe des Schadens begründet die den Angekl. S und B zur Last liegende That die Uebertretung nach § 461 StG. Es musste somit der NB. der S stattgegeben und in Anwendung des § 290 StPO. auch zu Gunsten des B vorgegangen werden.

336.

466. Veruntreuung einer in barem Gelde bestellten Caution.

(Cass.-E. 11. Mai 1889, Z. 1720. — Vors.; Hofr. Mathiasch; GP.: GP. R. v. Cramer.)

Gründe: Die Anklage legt dem A zur Last, dass er eine ihm in der zweiten Hälfte des Jahres 1887 von dem Arbeiter B anvertraute Caution per 150 fl. sich zugeeignet und hiedurch das Verbrechen der Veruntreuung begangen habe. Der Gerichtshof hat den A von dieser Anklage freigesprochen, von der Ansicht ausgehend, dass, wenn auch die von der StA. hervorgehobenen Umstände, dass A dem B die von demselben geleistete Caution nach erfolgter Kündigung des zwischen Beiden abgeschlossenen Vertrags auf dessen Begehren nicht herausgegeben hat und dass er diese Caution nicht mehr besitzt, als erwiesen angenommen werde, von einem anvertrauten Gute im Sinne des StG. doch keine Rede sein könne. Zu dieser Annahme gelangte der Gerichtshof, ohne sich in eine weitere Erörterung und Feststellung der die Leistung der Caution begleitenden Thatsachen, ja auch nur des Umstands, dass die Caution durch Erlag eines baren Geldbetrags geleistet wurde, einzulassen, durch die aus den Bestimmungen der §§ 1341, 1343, 451, 454, 456 und 371 bGb. gezogene Folgerung, dass im vorliegenden Falle die Sicherstellung durch Verpfändung geschehen sei, dass hiedurch die Caution die Natur eines Faustpfandes angenommen habe, dass die Caution in blosse Verwahrung übernommen war, und dass bei Verpfändung einer Geldsumme, diese, mit anderen Geldern vermengt, in's Eigentum übergehe. Diese Annahme ist rechtsirrtümlich. Um das Merkmal des Anvertrauens, wie es vorliegend geschehen ist, auszuschliessen, müsste feststehen, dass mit der Cautionsleistung ein sogenanntes pignus irregulare bestellt, d. h., dass ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres etwa durch Stipulierung der Verzinsung des Cautionsbetrags — dem Angekl. gestattet worden sei, den Cautionsbetrag mit anderen Geldern zu vermengen, zu verbrauchen und seinerzeit nur einen gleichen Betrag dem Cautionsleger zurückzuerstatten. Eine solche Vereinbarung wurde jedoch nicht behauptet; der Abs. 10 des von der Anklage bezogenen, bei der Haupt-



verhandlung zur Verlesung gebrachten Dienstvertrags enthält vielmehr die Erklärung des Angekl.: „Die erlegte Caution per 150 fl. bleibt Ihnen für die Einhaltung der Vertragspunkte bei mir deponiert“ — und wenn es auch irrig ist, daraus einen Verwahrungsvertrag abzuleiten, da diesem schon der Zweck der Caution — die künftige Verletzung eines Rechts zu verhüten oder für den Fall des Eintritts, die Wiederherstellung zu sichern — entgegensteht, so kann doch darin Anlass zu der Folgerung gegeben sein, dass sich der Cautionsleger B das Eigentum des erlegten Geldbetrags vorbehalten hat, dass der Angekl. zur Verausgabung dieses Cautionsbetrags ohne gleichzeitige Bereitschaft eines Deckungsfonds nicht befugt, dass ihm das Geld anvertraut war. Vollends unhaltbar ist es aber, wenn das U. die Ansicht vertritt, der Angekl. sei vermöge der §§ 1341, 1343, 451, 454, 456 und 371 bGb. berechtigt gewesen, vorbehaltlich des dem B erwachsenden Ersatzanspruchs über den Cautionsbetrag zu verfügen. Es widerstreitet dies der Bestimmung des § 1369 bGb., wonach der Gläubiger das Handpfand wohl verwahren und es dem Verpfänder, sobald dieser die Befriedigung leistet, zurückgeben muss, ferner den Bestimmungen der §§ 447 und 449 bGb., nach welchen das Pfandrecht eine giltige Forderung voraussetzt, während bei der Caution nach ihrem Wesen das Pfandrecht erst mit dem Entstehen einer Forderung zur Existenz gelangt. Der Gerichtshof hat aber nicht festgestellt, dass dem Angekl. wider B eine aus der Caution zu deckende Forderung aus dem Dienstverhältnisse erwachsen sei und hat auch mit Nichtbeachtung der Anklagebehauptung, dass sich der Angekl. die Caution per 150 fl. zugeeignet habe, lediglich festgestellt, dass er dieselbe nicht mehr besitze . . . .

Aus diesen Erwägungen wurde die von der StA. auf den Nichtigkeitsgrund der Z. 9 a des § 281 StPO. gestützte Beschwerde als begründet erkannt, derselben stattgebend, das U. aufgehoben und wegen Mangels der, wie dargelegt worden, erforderlichen thatsächlichen Feststellungen, nach § 288, Z. 3 StPO. die Sache zur neuerlichen Verhandlung verwiesen.

337.

Betrug oder Gefällsübertretung?

(E. 4. Mai 1889, Z. 1005. — Vors.: Hofr. Wieser; GP.: GA. Dr. Sacher; V.: Dr. Carl Dostal.)

Gründe: Die NB. des Angekl., welche sich auf die Nichtigkeitsgründe des § 281/9 a und 10 StPO. beruft, macht geltend, dass die dem Angekl. zur Last gelegte, als Uebertretung des versuchten Betrugs qualificierte That gemäss der §§ 8, 277, 323 und 507 des GefStG. lediglich eine Gefällsübertretung bilde, welche nicht von den Strafgerichten, sondern von der Gefällsbehörde zu verfolgen war, daher das von dem Strafgerichte durchgeführte Verfahren null und nichtig erscheine. Diese Beschwerde muss jedoch als unhaltbar angesehen werden. Denn § 103 des Strafges. für Gefällsübertretungen bestimmt, dass, wenn Handlungen oder Unterlassungen, welche als eine Gefällsübertretung zu betrachten sind, einer nach dem allg. Strafges. festgestellten Strafe unterliegen, neben der letzteren auch die durch das Gesetz für die Gefällsübertretung vorgezeichnete Strafe platzzugreifen habe. Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen folgt, dass die Handlungsweise des Angekl., wenn sie sich als eine betrügerische darstellt, nach dem allg. Strafges. zu beurtheilen war. Nun hat der erkennende GH. festgestellt, dass der Angekl. am 27. Juli 1888 von der Firma K in P ein mit Nr. 3465 bezeichnetes, angeblich 129 Liter Liqueur enthaltendes Fass mit der Eisenbahn zugestellt erhielt, dass er, als N und C, welche als Organe des Verzehrungssteuerpächters I von ihm die Verzehrungssteuer für Wein per 2 fl. 58 kr. verlangten, weil sie der (thatsächlich begründeten) Ansicht waren, dass das Fass nicht Liqueur, sondern Wein enthalte, die Bezahlung dieser Steuer verweigerte, diese beiden Steuerorgane bis zum 3. August 1888 hinhielt und ihnen schliesslich erklärte, dass dieses Fass ihm blos irrtümlich zugesendet worden sei, da es nach Krakau bestimmt war, weshalb er dasselbe dorthin senden müsse; weiter wurde sichergestellt, dass der Angekl., um seiner Behauptung Glauben zu verschaffen, den N und C ein angeblich von der Hand des K herrührendes Schreiben ddo. 2. August

1888 vorwies, worin ihn K ersucht, das irrtümlich ihm zugestellte Fass Punsch nach Krakau zu senden; dass jedoch dieses Schreiben ein gefälschtes, vom Angeklagten selbst geschriebenes und unterschriebenes war, um die beiden Steueraufseher darüber in Irrtum zu führen, dass ihm kein Wein, sondern an Stelle des Liqueur irrtümlich Punsch zugekommen sei, während inzwischen der Angekl. den im Fasse befindlichen Wein aus diesem abgezogen, das Fass sodann mit Wasser gefüllt und dem Spediteur V zur Rücktransportierung an K in P übergeben hat; dass ferner der Angekl. alles dies in der Absicht gethan, um sich der Zahlung der Verzehrungssteuer per 2 fl. 58 kr. zu entziehen und dem I an seinem Vermögen einen Schaden von 2 fl. 58 kr. zu verursachen; dass jedoch die Ausführung dieses Vorhabens deshalb nicht gelang, weil seinem Vorgeben kein Glauben geschenkt und der vorgewiesene Brief ddo. 2. Aug. 1888 vom Polizeirevisor dem Gerichte übergeben worden ist. In diesem vom GH. festgestellten Thatbestande sind alle subjectiven und objectiven Merkmale der Uebertretung des versuchten Betrugs nach §§ 8, 197 und 461 StG. enthalten, weshalb der erkennende GH. den Angekl. mit Recht dieser Uebertretung schuldig erkannt hat . . . . .

338.

Versuch des Betrugs. Absolut oder relativ untaugliches Mittel?

(Cass.-E. 12. April 1889, Z. 190. — Vors.: I. Präs. Dr. v. Schmerling; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: Der GH. hat festgestellt, dass eine falsche, mit „Jozo R." unterzeichnete Privaturkunde (ein Brief), worin der angebliche Aussteller von M eine Anzahlung auf das ihm (vertragsmässig) innerhalb einiger Tag zu liefernde Holz zu Handen des Ueberbringers des Briefs begehrt, vom Angekl. G angefertigt und einverständlich mit demselben und unter Mitwirkung des Angekl. R, vom Angekl. B, der sich hiebei für einen gewissen S ausgab, dem M zu dem Zwecke vorgewiesen worden ist, um ihm den Betrag von 70 fl. 20 kr. zu entlocken. Gleichwohl hat der GH. die Angekl. von der Anklage des versuchten Betrugs freigesprochen, weil es gegenüber dem M, einem gebildeten und geschäftsgewandten Manne, geeigneterer Mittel bedurft hätte, um ihn irre zu führen; weil ferner M die Schrift des angeblichen Briefschreibers Jozo R. genau kannte; weil demselben endlich S, als welcher der Angekl. B sich vorgestellt hatte, bekannt war. Mit Recht rügt die NB. im Sinne des § 281, 9 a StPO. die Rechtsirrtümlichkeit dieser Erwägungen. Der Umstand, dass die von den Angekl. in's Werk gesetzten listigen Vorstellungen und Handlungen im concreten Falle daran scheiterten, dass die Irreführung M's nicht gelang, hat es aber zur Folge gehabt, dass den Angekl. statt des vollbrachten, nur das versuchte Verbrechen des Betrugs zur Last fällt. So oft die Irreführung des zu Betrügenden misslingt, erweist sich eben das angewendete Mittel als in concreto unwirksam. Wollte man aber deshalb die That als straflos erklären, so gäbe es überhaupt keinen strafbaren Versuch des Betrugs. Nur dort, wo absolut (in abstracto) untaugliche Mittel zur Anwendung gebracht wurden, wäre die Auffassung des GH. gerechtfertigt. Von Anwendung solcher Mittel kann aber im vorliegenden Falle keine Rede sein. Wenn einerseits die Fälschung eines Briefs und der Unterschrift, das Vorweisen desselben zur eigenen Legitimation, das Annehmen eines fremden Namens in der offenbaren Absicht, die Entdeckung zu erschweren — sowohl an sich, als nach der positiven Bestimmung des § 201 a und d StG. als zur Schadenszufügung durch Irreführung geeignete Mittel sich darstellen, so ergiebt sich anderseits aus der Begründung des U. selbst, dass die oben erwähnten Umstände, welche nach der Annahme des GH. den strafbaren Erfolg vereitelten, solche sind, auf welche die Thäter nicht gerechnet hatten und welche, weil in der Persönlichkeit desjenigen gelegen, gegen den die strafbare Handlung gerichtet war, jene vom Willen der Thäter unabhängige Hindernisse darstellen, deren § 8 StG. bei Feststellung des Versuchsbegriffs gedenkt. Daraus aber, dass diese Hindernisse nur den concreten Fall betreffen (wie ja der GH. ausdrücklich bemerkt, dass, hätte es sich um Irreführung einer anderen, weniger gewandten Person gehandelt, die von den Thätern gebrauchten Mittel sich als ausreichend erwiesen hätten),

ergiebt sich auf's Deutlichste, dass im vorliegenden Falle nicht absolut untaugliche Mittel angewendet wurden. Es ist daher der NB. stattzugeben und auf Grund der Feststellungen des Erstgerichts im Sinne der Anklage nach § 288, 3 StPO. sofort in der Sache zu erkennen.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

39. Begriff des Commissionsguts als Gegenstands des Retentionsrechts des Commissionärs.

Der preussische Entwurf eines Hgb. gab in Art. 292 dem Commissionär das Pfandrecht „an dem ihm anvertrauten oder (von ihm) besorgten Gut". Das Wort „anvertraut" ist nach den Motiven gebraucht, um die Beschränkung auf die Güter zu vermeiden, zu deren Verkauf bereits definitiver Auftrag gegeben worden ist. Bei der zweiten Lesung wurde, da man den Ausdruck „an dem ihm anvertrauten oder von ihm angekauften Gut" (wie im Entwurf erster Lesung der Satz gefasst worden war), „für zu eng hielt", beschlossen, statt dessen: „an dem Commissionsgut" zu setzen (Nürnberger Protokolle, S. 1208). In der Doctrin und Rechtsprechung ist man darüber einig, dass unter Commissionsgut alles dasjenige begriffen wird, was der Commissionär als Gegenstand des committierten Geschäfts erhalten hat, bei der Verkaufscommission also, was ihm der Committent zum Zweck des Verkaufs zugesandt hat, bei der Einkaufscommission, was er vom dritten Verkäufer für Rechnung des Committenten gekauft hat, und dass es gleichgiltig ist, ob der Commissionär betreffs dieser Gegenstände noch besondere Aufträge zur Disposition, Rückgabe etc. erhalten, bez. ob er gemäss derselben gehandelt hat. Vgl. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. IX S. 438; Grünhut das Recht des Commissionshandels, § 33, S. 295, Note 19, derselbe in Endemann's Handbuch des Handelsrechts, Bd. 3, § 319, S. 218; EE. des ROHG., Bd. 15, Nr. 118, S. 424, Bd. 20, Nr. 26, S. 90; EE. des RG., Bd. 3, Nr. 44, S. 153. Das zuletzt erwähnte Moment wurde bei den Beratungen des Gesetzes wiederholt besprochen, seine ausschliessliche Berücksichtigung mag wohl aber auch zu Definitionen des Begriffs Commissionsgut geführt haben, welche nach anderen Richtungen hin leicht den Vorwurf zu weiter Fassung verdienen dürften. Die Frage, wie es sich mit der Verpackung, bez. mit den zum Transport der verkauften Waare dienenden Gegenständen verhalte, findet sich nicht erörtert. Im vorliegenden Fall kann aber von einer erschöpfenden Untersuchung dieser Frage abgesehen werden und dahin gestellt bleiben, ob dieselbe überhaupt in einem Satz zu entscheiden ist; denn die Besonderheit des Falls giebt für die concrete Entscheidung einen Anhalt. Es mag angenommen werden können, dass die Gebinde, in welchen der verkaufte Spiritus dem dritten Käufer, der gekaufte Spiritus vom dritten Verkäufer dem Committenten zugeführt werden soll, dem Commissionär, durch dessen Hände sie gehen, gegenüber als Zubehör des Commissionsguts und darum selbst als Commissionsgut anzusehen sind. Allein hier liegt ein anderes Rechtsverhältnis vor. Die Bassinwagen sind „wie seitens der Kl. unbestritten gelassen worden ist", nur zum Transport des Spiritus an den Commissionär bestimmt. Dieser hatte den Spiritus abzulassen und auf Fässer gefüllt dem dritten Käufer zu übermachen. Diese Fässer mögen, sobald sie, wie das in concreto der Fall war, vom Committenten gestellt sind, als in dieser Beziehung zum Commissionsgut gehörig angesehen werden, für die fraglichen Bassinwagen kann dies wegen der angegebenen besonderen Function derselben nicht angenommen werden. In weiterem Verfolg der entgegengesetzten Auffassung würde man auch das Fuhrwerk und die Pferde des Committenten, welche das Commissionsgut zum Commissionär bringen, als Commissionsgut behandeln müssen (U. I. CS. v. 20. Febr. 1889, Nr. 351).

---

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.

40. Nachfolge in die Firma durch Uebernahme des Geschäfts ohne Activa und Passiva.

Wenn das BG. die Nichtbefugnis des Bekl., die Firma X zu führen, schon daraus herleiten will, dass er nach Inhalt der Urkunde vom 3. Nov. 1875 von (den Firmeninhabern) A und B überhaupt kein Geschäft erworben habe, so dass der Fall des Art. 23 Hgb. vorläge, so konnte freilich dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Das BG. stützt seine Ansicht darauf, dass weder die Activa noch die Passiva des Geschäfts auf den Bekl. übergehen sollten. Als notwendiger Bestandtheil der den Erwerb des Geschäfts vermittelnden Uebertragungsacte erscheint indessen solche Uebernahme nicht. Die Continuität des Geschäftsbetriebs, auf deren Erzielung es bei der Frage, ob ein Geschäft veräussert ist, wesentlich ankommt, kann sehr wohl, auch trotz des Verbleibens der Activa beim Veräusserer und der Uebernahme der Ordnung der Passiva durch diesen, durch die Uebertragung bestimmter anderer Geschäftsbestandtheile vermittelt werden (vgl. das U. des RG. I CS., v. 21. April 1888 I 52/88, in Bolze Praxis Bd. 6 Nr. 169). Es erscheint aber auch rechtsirrtümlich, wenn das BG. aus der urkundlichen Festsetzung im § 3, in welcher es heisst: „Herr X übernimmt ferner die Ausstände der Herren A und B, welche laut besonderem Verzeichnis sich auf M. 5653.56 belaufen und welche je nach Eingang an die Herren A und B abzuführen sind“, folgert, dass Bekl. die Activa nicht übernommen habe. Gerade die Uebernahme, welche für den continuierlichen Fortbetrieb des Geschäfts wesentlich war, indem der Kundschaft gegenüber zur Einziehung der Forderungen Bekl. als Rechtsnachfolger legitimiert wurde, hat stattgefunden. Wie die innere Regelung der Folgen dieses Uebergangs stattfand, ob hier Bekl. den Verkäufern einen Abfindungspreis zahlte oder den Betrag der Eingänge nach Maassgabe des Eingehens an sie abzuführen hatte, erscheint unerheblich (vgl. Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd IX S. 81 flg.). Demnach konnte, da ausweislich der gedachten Urkunde die beiden A und B an Bekl. „die Firma mit allen Rechten und Lasten, den ganzen Vorrat von Stiften aller Sorten, sowie den Musterkasten, diverse Musterkarten, Geschäftsbücher, Druckmaterial aller Art“ und in der angegebenen Weise die Activa übertragen hatten, die Annahme einer wirklichen Uebertragung des Geschäfts nicht dadurch als ausgeschlossen erachtet werden, dass in einem Nachtrage zu dieser Abmachung die Verkäufer sich für verbunden erklärten, bestehende Passiva selbst zu regeln.

41. Unmöglichkeit des Erwerbs des Rechts an einer Firma von einem Nichtberechtigten.

Es kann Niemand das Recht, eine Firma zu führen, auf den Erwerb von einem Dritten stützen, wenn dieser selbst kein Recht auf diese Firma hatte. Ein Grundsatz, wonach der Mangel eines Rechts seitens des Veräusserers durch die Gutgläubigkeit des Erwerbers gedeckt würde, lässt sich für das Firmenrecht, insbesondere, wenn nicht der Eigentumsverlust und Eigentumserwerb an einer zu Recht begründeten Firma, sondern die Beseitigung der Wirkungen der zu Unrecht erfolgten Begründung einer Firma durch Erwerb der unrechtmässigen Firma mit einem mit dieser in Verbindung gesetzten Geschäfte seitens eines Dritten in Frage steht, nach bestehender Gesetzgebung nicht rechtfertigen. Die blosse Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, auf welche die in Busch Archiv für Handelsrecht Bd. 23 S. 228 flg. abgedruckte Entscheidung des ehemaligen Preussischen Obertribunals die Ansicht, dass die Gutgläubigkeit des Nacherwerbers den Mangel des Rechts des Veräusserers decke, — übrigens für einen Fall, in welchem eine zu Recht bestehende Firma von deren berechtigtem, aber vermöge Vorschrift des Vor- oder früheren Mitinhabers von der Befugnis zur Weiterveräusserung ausgeschlossenen Inhaber an einen Dritten veräussert worden war, — stützt, vermag einen solchen Grund nicht abzugeben, da das Hgb. den Grundsatz der Firmenwahrheit aufstellt und von diesem nur ganz bestimmte Abweichungen zulässt, der Grundsatz aber seine Bedeutung durchaus verlieren würde, wenn derjenige, der eine Firma dem Gesetze zuwider begründet, dieselbe doch dadurch zu einer giltigen zu machen und aus seinem Handeln Vortheil zu ziehen vermöchte, dass

es ihm gelingt, für dieselbe einen gutgläubigen Erwerber zu bekommen. Offenbar hat die Eintragung der Firma im Handelsregister durchaus nicht die Bedeutung, einen öffentlichen Glauben zu Gunsten der Berechtigung des eingetragenen Inhabers zur Firma für eine Weiterveräusserung zu beanspruchen. Der Art. 306 Hgb. ist nicht anwendbar, weil er auf Rechte überhaupt nicht zu beziehen ist und insbesondere nicht die Tendenz verfolgt, da, wo überhaupt bisher noch kein Recht entstanden ist, es blos wegen eines Anscheins, dass es bestehe, und des guten Glaubens einer Person, dass es bestehe und ihm übertragen werde, hervorzurufen. Es ist auch bereits wiederholt vom RG. Dritterwerbern das Recht, eine Firma zu führen, deshalb abgesprochen worden, weil dieselbe zu Unrecht geschaffen worden oder der Veräusserer zur Uebertragung nicht befugt war, ohne dass auf den guten Glauben des Erwerbers dabei ein Gewicht gelegt wurde. Vgl. Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. VII S. 279 flg., Bd. IX S. 104 flg. (U. I. C. S. 8. Mai 1889 Nr. 90).

42. Unmöglichkeit der Ersitzung einer Firma.

Der Anwendung des Rechtsinstituts der Ersitzung auf die Firmenausübung steht entgegen, dass die Erhebung der Firma zu einem Rechtsgut auf specieller, die Bedingungen für eine Anerkennung als solches vorschreibender Rechtssatzung beruht. Das Hgb. kennt als Entstehungsgründe für das Firmenrecht ausser einer Individualbethätigung, bei welcher von dem eigenen, der Person zugehörigen Namen Gebrauch gemacht wird, nur den Erwerb eines Geschäfts mit Firma durch Vertrag — natürlich mit dem zur Firma Berechtigten — und durch Erbgang. Damit ist der Erwerb der Firma durch Ersitzung ausgeschlossen, ebenso wie es der Erwerb eines Autorrechts oder Erfinderrechts durch Ersitzung auf Grund eines Vertrags mit Jemand, den der Erwerber für den Autor oder den Erfinder hält, während er es nicht ist, wäre. Ob die Ersitzung dann anwendbar wäre, wenn es sich darum handelte, ob das Eigentum an einer zu Recht entstandenen Firma zum Nachtheil des ursprünglich Berechtigten, der diese mit dem dazu gehörigen Geschäfte aus seinem Besitze gelassen, von einem Dritten redlichen Besitzer des Geschäfts und der Firma erworben werden könne, darf hier dahingestellt bleiben, da dieser Fall nicht vorliegt. Eine Behauptung in der zu Unrecht entstandenen Firma kann nur gegenüber demjenigen mit Erfolg stattfinden, dessen Widerspruchsrecht durch Extinctivverjährung erloschen wäre. Das ist hier nicht der Fall (U. I. C. S. v. 8. Mai 1889 Nr. 90).

43. Wirkungslosigkeit des von einer in Concurs verfallenen offenen Handelsgesellschaft dem einen Gesellschafter gewährten pactum de non petendo dem anderen Gesellschafter gegenüber.

Es erscheint durchaus zulässig und ausführbar, dass ein Gesellschaftsgläubiger, wenn die offene Handelsgesellschaft in Concurs verfallen, wegen der Ausfallsforderung einem der Gesellschafter ein pactum de non petendo für seine Person gewährt und das aus der Concursmasse der Gesellschaft zu erwartende Percipiendum an einen Dritten überträgt, ohne dass er deshalb die Ausfallsforderung gegen den anderen Gesellschafter einbüsst. Erfolgt die Uebertragung des Rechts auf das Percipiendum aus der Concursmasse, sowie die Gewährung des pactum de non petendo gegen Entgelt und gilt als vereinbart, dass dieses Entgelt dem anderen unbefreit gebliebenen Gesellschafter auf die Ausfallsforderung an ihn gutgerechnet werden muss, auch wenn das Percipiendum aus der Concursmasse unter dem Betrage jenes Entgelts zurückbleibt, so kann der letztere Gesellschafter gegen diese Rechtslage keinen begründeten Widerspruch erheben. Er haftet für die Ausfallsforderung mit dem Mitgesellschafter solidarisch und wird durch ein seinem Mitschuldner lediglich für dessen Person gewährtes pactum de non petendo nicht befreit, während jenes pactum ihm natürlich nicht den Regress gegen den Mitgesellschafter wegen einer Zahlung der ganzen Ausfallsforderung, soweit diese Zahlung seine nach Innen ihm obliegende Beitragspflicht übersteigt, abzuschneiden vermag (U. I. C. S. v. 26. Juni 1889 Nr. 140).

44. Anspruch der Gesellschaft auf Rechnungslegung über die Concurrenzgeschäfte eines Gesellschafters. (Hgb. Art. 96.)

Es verstösst gegen Treu und Glauben, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft Concurrenz macht. Das Gesetz verbietet dieses Concurrenzmachen. Die nächste Folge des Zuwiderhandelns gegen dieses Verbot ist die Verpflichtung des ungetreuen Gesellschafters zum Schadenersatze. Der Schaden ist aber oft nicht leicht zu begründen, das Gesetz giebt darum der Handelsgesellschaft auch die Befugnis, zu verlangen, dass die vom ungetreuen Gesellschafter für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden. Die Durchführbarkeit dieser Ansprüche wird thatsächlich bedingt durch die Möglichkeit, sich über den Abschluss der abgeschlossenen Geschäfte eingehende Kenntnis zu verschaffen, und dies ist der Grund, weswegen der Gesellschaft das Recht, vom ungetreuen Gesellschafter Rechnungslegung, bez. Rechenschaftsablegung zu verlangen, zugesprochen werden muss. (Vgl. Bähr in Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. 13 S. 254.) Ist von der Gesellschaft dargethan, dass der Gesellschafter Geschäfte abgeschlossen hat, in deren Abschluss ein Verstoss gegen Art. 96 Hgb. gefunden werden kann, so ist der Gesellschafter verpflichtet, darüber Rechnung zu legen und damit der Gesellschaft die Mittel zu gewähren, ihren Anspruch nach Art. 97 substantiiert geltend zu machen. Der Bekl. hat nun zugegeben, diejenigen Geschäfte, in welchen die Kl. eine Zuwiderhandlung gegen Art. 96 finden, abgeschlossen zu haben. Das Verlangen der Kl. auf Rechnungslegung ist mithin gerechtfertigt, sobald angenommen werden kann, dass die betreffende Geschäfte als verbotene Concurrenzgeschäfte im Sinne des Art. 96 angesehen werden können. Die entgegengesetzte Ausführung des BR. ist daher unhaltbar. Unbegründet ist aber auch die vom BR. gebilligte Ausführung des 1. R., die von den Kl. behaupteten Geschäfte seien überhaupt keine solche, welche unter Art. 96 fallen könnten. Zwar ist nicht zu bezweifeln, dass der Ankauf von Wertpapieren zum Zwecke der Vermögensanlage an sich nicht als Banquiergeschäft anzusehen ist, ebensowenig das Verkaufen von Wertpapieren zum Zwecke anderweiter Anlage des erhaltenen Kaufpreises. Selbst wenn diese Geschäfte in speculativer Absicht abgeschlossen werden, wird man sie noch nicht unbedingt als Banquiergeschäfte mit der Wirkung bezeichnen können, dass deren Betrieb den Betreibenden zum Banquier machen würde (vgl. E. des ROHG. Bd. 24 Nr. 8 S. 34, wo ausgeführt ist, dass das Leihen gegen Pfand nicht als Banquiergeschäft anzusehen sei und darum den Darleiher nicht zum Kaufmanne machen könne). Allein bei Interpretation des Art. 96 Hgb. ist nicht der Begriff „Handelszweig“ doctrinär zu zergliedern, sondern zu untersuchen, ob der Gesellschafter eigene derartige Handelsgeschäfte abgeschlossen hat, wie sie auch die Gesellschaft nach ihrem actuellen Geschäftsbetriebe zu machen pflegte. (U. I. C. S. v. 24. Juni 1889. Nr. 124.)

Verordnungen.

34.

Verordnung des Justizministeriums vom 30. Mai 1889, Z. 5737,

betreffend die Mitwirkung der Gerichte zu den von den politischen Behörden nach beendetem Strafverfahren mit Zigeunern zu treffenden Verfügungen.

Das k. k. Ministerium des Innern hat mit Erlass v. 14. Sept. 1888, Z. 4653, sämmtliche Landesstellen zur nachdrücklichsten Bekämpfung des vielfach die öffentliche Sicherheit gefährdenden Zigeunerunwesens aufgefordert und die Polizei- (politischen) Behörden insbesondere angewiesen, darüber zu wachen, dass herumstreichende Zigeuner bei Verdacht einer strafbaren Handlung, besonders der Landstreicherei, jederzeit der strafgerichtlichen Behandlung zugeführt und nach beendetem Strafverfahren der weiteren gesetzlichen Amtshandlung (Abgabe in eine Zwangsarbeitsanstalt, Abschaffung und Abschiebung) unterzogen werden.

Damit die politischen Behörden dieser ihnen gestellten Aufgabe entsprechen können, werden die Gerichte angewiesen, im Falle gegen wandernde Zigeuner ein strafgerichtliches Verfahren anhängig gemacht wird, bezüglich dieser in ihrem Gewahrsam befindlichen Beschuldigten die Vorkehrung zu treffen, dass dieselben nach beendigtem Strafverfahren ohne Rücksicht auf den Ausgang desselben sofort bei deren Entlassung aus dem gerichtlichen Gewahrsam von der competenten politischen Behörde zur Durchführung des weiteren Verfahrens übernommen werden können.

35.

Verordnung des Justizministeriums vom 2. Juli 1889, Z. 2927,

womit Weisungen in Betreff der gerichtlichen Amtshandlungen zum Zwecke der Herbeiführung und Erhaltung der Uebereinstimmung zwischen den neuen Grundbüchern und den Grundsteuercatastern erlassen werden.

Dem Justizministerium sind zahlreiche Beschwerden zur Kenntnis gelangt, dass Grundbuchsgerichte bei den Amtshandlungen zum Zwecke der Herbeiführung und Erhaltung der Uebereinstimmung zwischen den neuen Grundbüchern und dem Grundsteuercataster in allzu strenger Auffassung der in dieser Hinsicht bestehenden Vorschriften den Parteien nicht unbedingt notwendige Kosten verursachen und auf die Herstellung der Uebereinstimmung zwischen Grundbuch und Cataster im Zwangswege auch dann dringen, wenn sich derselben sehr erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen.

Das Justizministerium findet aus diesem Anlasse im Einvernehmen mit dem Finanzministerium den Gerichten nachstehendes zu bedeuten:

1. Es wurde insbesondere Klage erhoben, dass die Gerichte selbst in jenen Fällen, in welchen sie

a) von einer theilweisen Aenderung der Culturgattung einer Parcelle, oder

b) von einer theilweisen Objectsänderung (beispielsweise von der Verwandlung eines Theils einer Ackerparcelle in Bauarea) ohne hiemit verbundene Besitzänderung, oder endlich

c) von einer Aenderung des Grenzzugs zwischen Parcellen, die zu einem und demselben Grundbuchskörper gehören, Mittheilung erhalten, die Beibringung von Situationsplänen über die eingetretenen Aenderungen fordern.

Dieser Vorgang ist nicht zu billigen, da ad a) bei der blossen Culturänderung eines Parcellentheils die Notwendigkeit einer Einzeichnung in die Grundbuchsmappe nicht eintritt, zumal nach den in Bezug auf die Evidenzhaltung des Grundsteuercatasters geltenden Vorschriften die Culturgrenzen auch in die Catastralmappe nicht einzubeziehen sind, vielmehr die Culturänderung lediglich für die gemäss § 41 des Ges. v. 24. Mai 1869 (RGB. 88) vorzunehmende Catasterrevision in Vormerkung zu nehmen ist, und da ferner ad b) und c) bei Objectsänderungen innerhalb des Besitztums eines und desselben Eigentümers, bez. bei Aenderungen des Grenzzugs zwischen Parcellen innerhalb desselben Grundbuchskörpers, durch welche bücherliche Rechte dritter Personen nicht berührt werden, die geometrische Darstellung in der Grundbuchsmappe von dem Vermessungsbeamten des Catasters auf Grund der von demselben vorgenommenen Vermessung, bez. Constatierung bewirkt werden kann.

2. Vielfache Beschwerden gehen ferner dahin, dass die Gerichte die ihnen zukommenden Anmeldungsbögen des Vermessungsbeamten zum Anlass kostspieliger Localcommissionen nehmen. In dieser Beziehung werden die Gerichte erinnert, Erhebungen an Ort und Stelle, welche mit Kosten verbunden sind, ohne ein zwingendes Bedürfnis nicht vorzunehmen, und überhaupt auf die materiellen Interessen der Parteien durch Vermeidung unnötiger Auslagen jede thunliche Rücksicht zu nehmen.

3. Im § 44 Abs. 2 des Ges. v. 23. Mai 1883 (RGB. 83) ist die Eventualität der Unthunlichkeit der Herstellung der Uebereinstimmung zwischen Grundbuch und Cataster in einzelnen Fällen vorgesehen; es erscheint daher nicht unzulässig, dass unter besonderen Verhältnissen, insbesondere bei geringwertigen Liegenschaften in jenen Fällen, in welchen sich der grundbücherlichen Durchführung einer seitens des Vermessungsbeamten constatierten Aenderung des Besitzstands sehr erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellen, welche ohne ganz unverhältnismässige Kosten nicht beseitigt werden könnten, oder die geradezu unüberwindlich erscheinen, von der Ausübung eines Zwangs auf die Parteien wegen Ordnungsherstellung im Grundbuchsstande nach billigem Ermessen des Gerichts abgesehen werde. Jedoch sind solche Fälle, wenn sie nicht schon in den infolge der seinerzeitigen Anordnung der Oberlandesgerichtspräsidien geführten Vormerkungen über die Amtshandlungen nach den §§ 2 und 3 des Ges. v. 23. Mai 1883 (RGB. 82) zur Evidenz gelangen, mittelst einer besonderen Vormerkung in Uebersicht zu halten, und ist dem diesfälligen Verhalten der Gerichte besondere Aufmerksamkeit von Seite der Aufsichtsbehörden, namentlich bei den Visitationen der Gerichte zuzuwenden.

36.

Verordnung des Justizministeriums vom 10. Juli 1889, Z. 10429,

betreffend die Ausstellung von Cessionsurkunden über von cumulativen Waisencassen an Dritte abgetretene Hypothekarforderungen.

Behufs Erzielung eines gleichmässigen Vorgangs findet das JM. im Einvernehmen mit dem FM. und dem Obersten Rechnungshofe zu bestimmen:

Zur Ausstellung der Cessionsurkunden über solche Hypothekarforderungen der cumulativen Waisencassen, welche von diesen an Dritte abgetreten, bez. von Seite Dritter im Cessionswege übernommen werden, sind ausschliesslich die Gerichte als Pflegschaftsbehörden berufen.

Diese Cessionsurkunden sind in vorkommenden Fällen von dem Vorsteher des Gerichts, bei Gerichtshöfen unter Mitfertigung eines Rathssecretärs oder des Vorstehers des Expedits, zu unterzeichnen und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

37.

Verordnung des Justizministeriums vom 13. Juli 1889, Z. 13677,

betreffend die Herausgabe des Hof- und Staatshandbuchs für das Jahr 1890.

38.

Verordnung des Justizministeriums vom 8. Juli 1889, Z. 11773,

betreffend die gesetzlichen Taxen und freiwilligen Beiträge, welche von Verlassenschaften in Galizien an den galizischen Landesschulfond entrichtet werden.

Die gesetzliche Grundlage der MVdg. vom 8. Nov. 1850 (RGB. 444) und vom 28. Nov. 1853 (RGB. 253), bez. vom 7. August 1856 (RGB. 155) über die Einhebung und Verrechnung der gesetzlichen Taxen und freiwilligen Beiträge aus Verlassenschaften zum Normalschulfonde und über die Einrichtung der diesfalls von den Gerichten zu führenden Verzeichnisse hat durch das Gesetz vom 2. Mai 1873 (Landesgesetz- und Verordnungsblatt für Galizien 250) insofern eine Aenderung erfahren, als gemäss Art. 32 dieses Gesetzes an die Stelle des Normalschulfonds seit 1. Jänner 1874 der gemeinschaftliche Landesschulfond der Königreiche Galizien und Lodomerien sammt dem Grossherzogtum Krakau getreten ist, dessen Verwaltung laut Art. 34 dem Landesausschusse zukommt.

Da diese Veränderung sich nicht auch — wie in der Mehrzahl der übrigen im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder — auf die Einführung eines Schulbeitrags anstatt der Verlassenschaftstaxe erstreckte, ist die MVdg. v. 13. Juni 1876 (RGB. 90), in welcher unter der Voraussetzung der durch Landesgesetze erfolgten Einführung eines Schulbeitrags an Stelle der Verlassenschaftstaxe neue Bestimmungen über die Gegenstände der oben angeführten Verordnungen erlassen wurden, bisher in Galizien nicht in Wirksamkeit getreten.

Um die in dieser Hinsicht in Galizien entstandenen Zweifel zu beseitigen, andererseits um in Zukunft eine den theilweise geänderten Verhältnissen entsprechendere Controle in Bezug auf die Entrichtung dieser Taxen und freiwilligen Beiträge zu ermöglichen, findet das JM. anzuordnen:

1. Vom 1. Juli 1889 haben die Gerichte alle Verlassenschaften, bei welchen der Fall der Entrichtung einer gesetzlichen Taxe oder eines freiwilligen Beitrages zum galizischen Landesschulfonde eintritt, in ein Verzeichnis nach dem unten folgenden Muster sogleich, und zwar jedenfalls vor der Einantwortung und nicht erst nach Entrichtung der Taxen oder Beiträge, bez. nach beendeter Abhandlung einzutragen.

2. Die jährlich mit 1 beginnenden Postenzahlen dieses Verzeichnisses sind bis Ende des Jahres fortzusetzen.

3. Die Gerichte haben in die Colonnen 1 bis 8 die entsprechenden Daten einzustellen.

Die Colonnen 9 bis 11 sind dagegen von den Gerichten nur dann auszufüllen, wenn denselben innerhalb des Zeitraums bis zur Einsendung des Verzeichnisses auch schon die Entrichtung der Taxe oder des Beitrages ausgewiesen ist; ist letzteres nicht der Fall, so bleibt die eventuelle Ausfüllung dieser Rubriken der Landesbuchhaltung überlassen.

In der Rubrik „Anmerkung“ sind bei freiwilligen Beiträgen Datum und nähere Bezeichnung der letztwilligen Anordnung ersichtlich zu machen, auf welche sich diese Beiträge gründen.

4. Dieses Verzeichnis ist von den Gerichten in Lemberg und Krakau monatlich, von den übrigen Gerichten aber vierteljährig binnen acht Tagen nach Ablauf des Monats, bez. Quartals, der Landesbuchhaltung zu übermitteln, wogegen die bisher von den Gerichten infolge der eingangs angeführten Ministerialverordnungen halbjährig einzusendenden Verzeichnisse zu entfallen haben.

5. Die Gerichte in Lemberg und Krakau haben ausserdem die von ihnen bemessenen Schulfondtaxen in jedem einzelnen Falle sogleich der dem Landesausschusse unterstehenden Landescasse durch Mittheilung von Duplicaten der an die Parteien erlassenen Zahlungsaufträge bekannt zu geben und auf diesen Duplicaten die fortlaufende Zahl und den Jahrgang des Bemessungsverzeichnisses ersichtlich zu machen.

Seitens der übrigen Gerichte sind dagegen die von ihnen bemessenen Schulfondtaxen — gleichfalls unbeschadet der Eintragung in das für die Landesbuchhaltung bestimmte Verzeichnis — in jedem einzelnen Falle auf die bisherige Art, jedoch gleichfalls unter Berufung auf die fortlaufende Zahl und den Jahrgang des Bemessungsverzeichnisses, den Steuerämtern mitzutheilen.

Unter Einem werden die Gerichte an die genaue Befolgung der Bestimmungen der §§ 149 und 174 des kais. Pat. vom 9. August 1854 (RGB. 208) erinnert, wonach vor Ausweis der Berichtigung der von der Verlassenschaft zu entrichtenden Gebüren, daher auch der Taxen zum Landesschulfonde, die Einantwortung nicht erfolgen darf.

39.

Verordnung des Justizministeriums vom 15. Juli 1889, Z. 13237,

betreffend die am 1. Jän. 1890 in Wirksamkeit tretende siebente Ausgabe der österreichischen Pharmacopoe.

Aus Anlass des Erscheinens einer neuen, am 1. Jän. 1890 in Wirksamkeit tretenden Ausgabe der österr. Pharmacopoe hat das k. k. MdI. mit Verordnung vom 1. Juli 1889 (RGB. 107) die dem Texte der Pharmacopoe als „normae et regulae generales“ vorangestellten Vorschriften zur allgemeinen Darnachachtung publiciert.

In § 4 dieser Verordnung wird insbesondere auf jene Arzneistoffe hingewiesen, deren Verabfolgung im Sinne des § 345 u. s. f. des Strafgesetzes an besondere Voraussetzungen gebunden ist.

Zugleich wird in dieser Verordnung bemerkt, dass die Bezeichnungen dieser Artikel in der neuen Ausgabe der Pharmacopoe nicht mehr, wie es in den früheren Auflagen der Fall war, mit einem Kreuzzeichen erfolgt, sondern dass diese Artikel durch einen auffälligen Druck der Ueberschriften, welcher mittelst grösserer, schiefstehender Lettern bewirkt wird, kenntlich gemacht sind.

Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit dieser, sowie der sonstigen bezüglich der Pharmacopoe eintretenden Aenderungen wird auf diese Verordnung und insbesondere auf die gedachte, besondere Ersichtlichmachung der nur gegen Recept in Apotheken zu erfolgenden Arzneimittel besonders aufmerksam gemacht.

40.

Verordnung des Justizministeriums vom 20. Juli 1889, Z. 3506,

betreffend die Auflassung der jährlichen summarischen Nachweisung über die Herstellung ärarischer Bedarfsartikel in den Männerstrafanstalten und über die Verwendung von Sträflingskräften seitens Gewerbetreibender.

41.

Verordnung des Justizministeriums vom 24. Juli 1889, Z. 14456,

betreffend die k. k. Polizei-Expositur am Bahnhofe in Simbach.

42.

Verordnung des Justizministeriums vom 27. Juli 1889, Z. 13573,

betreffend die Gebürenbehandlung des hierlands befindlichen beweglichen Nachlasses von russischen Staatsangehörigen.

Das k. k. FM. hat in Nr. 21 des Vdgsbl. für den Dienstbereich des k. k. FM., Jahrgang 1889, Nachstehendes verordnet:

„Gebürenbehandlung des hierlands befindlichen beweglichen Nachlasses von russischen Staatsangehörigen.

Z. 21863.

Am 1. Mai (19. April) 1889 ist in Russland ein Ukas erschienen, demzufolge die in Russland befindlichen Nachlässe der Ausländer ebenso der Erbsteuer unterliegen, wie die Nachlässe der Inländer und die bisher gegenüber Staaten, welche ihrerseits Nachlassgebüren nach russischen Staatsangehörigen nicht einheben, beobachtete Gegenseitigkeit nunmehr aufgehoben ist.

Mit Bezug auf die Verordnung vom 8. April 1854 (RGB. 84) wird nach dem Grundsatze der Reciprocität hiemit angeordnet, das von dem in den österreichischen Ländern befindlichen beweglichen Nachlassvermögen eines russischen Staatsangehörigen die Vermögensübertragungsgebüren nach den allgemeinen Bestimmungen der Gebürengesetze eingehoben werden.

Wien, am 7. Juli 1889“.

Hievon werden die Gerichte in Kenntnis gesetzt.

43.

Verordnung des Justizministeriums vom 3. August 1889, Z. 14985,

betreffend die Revision der bei den Steuer- als gerichtlichen Depositenämtern in gemeinschaftlicher Aufbewahrung erliegenden Baarschaften durch die Gerichtsvorsteher.

Aus Anlass eines speciellen Falles, in welchem die Berechtigung der Gerichtsbehörden zur Revision jener Depositenbaarschaften bezweifelt wurde, welche bei den Steuer- als gerichtlichen Depositenämtern nach den bestehenden Vorschriften gemeinschaftlich verwahrt werden, ist das JM. mit dem FM. und dem obersten Rechnungshofe dahin übereingekommen, dass — unter Aufrechthaltung der geltenden Bestimmungen, wonach die Scontrierung der Steuer- als gerichtliche Depositenämter den Finanzbehörden zusteht — die Gerichtsvorsteher bei Vornahme der ihnen instructionsmässig obliegenden periodischen Revision der Depositenmassen berechtigt sind, auch die gedachten Depositenbaarschaften zu revidieren.

44.

Verordnung des Justizministeriums vom 8. August 1889, Z. 11229,

betreffend die zeitweilige Besorgung der steuerämtlichen Cassagegensperre durch die Bezirksgerichte.

Um in Fällen der Erkrankung oder sonstigen Verhinderung eines die Gegensperre der Steueramtscasse führenden Steueramtsbeamten den ungehinderten Fortgang der steuerämtlichen Geschäfte dann zu sichern, wenn von der Bezirkshauptmannschaft oder der vorgesetzten Finanzbehörde nicht sofort eine Stellvertretung verfügt werden kann, findet das JM. im Einvernehmen mit dem FM. Nachstehendes zu verordnen:

1. Wird einer der die Gegensperre einer Steueramtscassa führenden Steueramtsbeamten durch plötzliche Erkrankung oder ein anderes unvorhergesehenes Ereignis verhindert, bei dem Aufsperren oder Zuschliessen der Cassa gegenwärtig zu sein, so hat derselbe, wenn sich am Sitze des Steueramtes nicht auch gleichzeitig eine Bezirkshauptmannschaft befindet, den in seinen Händen befindlichen Cassaschlüssel sammt Duplicat und Triplicat versiegelt dem Vorsteher des am Sitze des Steueramtes befindlichen Bezirksgerichts zu übersenden. Der Letztere hat, wenn dem Steueramte mehr als zwei Beamte zugewiesen sind, wegen der darauf allenfalls erfolgenden Uebergabe der Cassa und der Cassaschlüssel an den dritten Beamten des Steueramts im Sinne der Bestimmungen des § 33 der Belehrung für die Steuerämter v. 8. Jän. 1850, Z. 266 FM., und des § 49 der Zusammenstellung der Cassamanipulations-Vorschriften für die Steuerämter vom 29. Jän. 1850, Z. 494 FM., sogleich das Erforderliche zu veranlassen.

Für den Fall der Verhinderung durch Tod oder des plötzlichen Eintritts einer solchen schweren Erkrankung, die den betreffenden Steueramtsbeamten unfähig macht, selbst den ihm anvertrauten Cassaschlüssel versiegelt zu übersenden, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts an welchen hierüber von Seite des Steueramtes jederzeit sofort die Anzeige zu erstatten ist, oder dessen Stellvertreter den Cassaschlüssel sammt Duplicat und Triplicat des also Verhinderten in der Wohnung desselben durch einen Gerichtsbeamten ohne Verzug abholen zu lassen.

Das Steueramt wird hierüber an die vorgesetzte Bezirkshauptmannschaft, bez. an die Finanzlandesbehörde sofort Bericht zu erstatten haben.

2. Ist das betreffende Steueramt nur mit zwei Beamten bestellt, so ist der in einem solchen Falle allein beim Amte verbleibende Beamte, welcher für die Dauer der unvermeidlichen Abwesenheit des zweiten Steueramtsbeamten die Fortführung der steuerämtlichen Geschäfte allein zu besorgen hat, verpflichtet, von der eingetretenen plötzlichen und unvorhergesehenen Verhinderung des zweiten, die Cassagegensperre führenden Steueramtsbeamten sofort und wenn möglich telegraphisch die Anzeige an die vorgesetzte Bezirkshauptmannschaft und letztere an die Finanzlandesbehörde zu erstatten, welche Behörde unverzüglich die Bestellung und Abordnung eines Stellvertreters zu verfügen hat.

Mittlerweile hat der Vorsteher des Bezirksgerichts oder der von ihm hiezu bestimmte Gerichtsbeamte von dem verhinderten Steueramtsbeamten den Cassaschlüssel sammt Duplicat und Triplicat, der ihm von diesem (die Verhinderung durch Todesfall oder schwere Erkrankung ausgenommen) versiegelt zu übersenden ist, zu übernehmen, sicher und gewissenhaft zu verwahren und sohin dem eintreffenden Stellvertreter oder Nachfolger des Steuerbeamten zu übergeben.

3. Der Vorsteher des Bezirksgerichts, bez. der von ihm delegierte Gerichtsbeamte hat, so oft bis zum Eintreffen des Stellvertreters oder Nachfolgers des verhinderten Steuerbeamten der Steueramtscassa etwas entnommen, oder etwas in dieselbe erlegt werden soll, mit dem einen amtierenden Steueramtsbeamten das Aufsperren der Cassa zu vollziehen und sofort nach der Herausnahme oder dem Erlage die Cassa wieder zu sperren.

4. Derselbe hat sich durch Einsicht der Aufzeichnungen des Steueramtsbeamten zu überzeugen, dass dieser der Wahrheit entsprechend eingetragen hat, was an Geld und Werteffecten der Cassa entnommen oder in dieselbe gelegt wurde.

In Bezug auf die Gebarung des Steuerbeamten mit den der Cassa entnommenen Geldern und Werteffecten steht dem gerichtlichen Beamten weder eine Mitwirkung noch ein controlierender Einfluss zu und es trifft ihn diesbezüglich keine Verantwortung; ebensowenig hat derselbe zu prüfen, ob die in die Cassa hinterlegten Gelder und Werteffecten der thatsächlichen Einnahme und dem thatsächlichen Ueberschusse der herausgenommenen Gelder und Effecten entsprechen.

Sache der dem betreffenden Steueramte vorgesetzten Bezirkshauptmannschaft wird es sein, bei Eintreffen des Nachfolgers oder Stellvertreters des verhinderten Steueramtsbeamten durch Vornahme einer eingehenden Scontrierung von der Richtigkeit der steuerämtlichen Cassagebarung sich zu überzeugen.

5. Damit der gerichtliche Beamte nicht wiederholt im Laufe des Tags zur Oeffnung und Sperrung der Cassa herangezogen werde oder durch längere Zeit bei offener Cassa zu verweilen habe und seinem gerichtlichen Berufe entzogen

werde. hat der allein amtierende Steuerbeamte jeden Tag in Anwesenheit des gerichtlichen Beamten

a) bei Beginn der Amtsstunden den mutmasslichen Tagesbedarf der Cassa zu entnehmen und

b) beim Schlusse der Amtsstunden den allfälligen Ueberschuss und die Tageseinnahme in der Cassa unter Eintragung in die bezüglichen Aufschreibungen zu hinterlegen.

Miscellen.

(Das Reichsgesetzblatt) enthält in Stück XXXVII, ausgegeben am 22. Juni 1889, unter Nummer 96 das Ges. v. 31. Mai 1889, betreffend den Meliorationsfond; in Stück XXXVIII, ausgegeben am 25. Juni 1889, unter Nummer 100 die Verordnung des Ackerbauministeriums v. 14. Juni 1889, betreffend die Prüfung für den Jagd- und Jagdschutzdienst; in Stück XL, ausgegeben am 5. Juli 1889, unter Nummer 103 die Verordnung des Justizministeriums v. 19. Juni 1889, betreffend die Zuweisung der Gemeinden Opaki, Werhobuż und Huta Werhobuzka sammt Gutsgebieten aus dem Sprengel des BezG. Olesko zu jenen des st.-del. BezG. Złoczów, unter Nummer 104 die Verordnung des Justizministeriums v. 27. Juni 1889, betreffend die Zuweisung der Gemeinde Deutsch-Thomaschlag aus dem Sprengel des BezG. Plan zu jenem des BezG. Tepl und unter Nummer 107 die Verordnung des Ministeriums des Innern v. 1. Juli 1889, betreffend die siebente Ausgabe der österreichischen Pharmakopoe, nach welcher v. 1. Jän. 1890 an in allen öffentlichen und Hausapotheken zu dispensieren ist; in Stück XLI, ausgegeben am 10. Juli 1889, unter Nr. 108 den Erlass des Finanzministeriums vom 8. Juli 1889, womit die Bestimmungen über die Hinausgabe von Staatsnoten zu einem Gulden österreichischer Währung neuer Form kundgemacht werden; in Stück XLII, ausgegeben am 16. Juli 1889, unter Nr. 109 die Verordnung des Justizministeriums vom 2. Juli 1889, womit das Gesetz vom 1. April 1872 (RGB. 43), betreffend die Vollziehung der Freiheitsstrafen in Einzelhaft, im Zellengefängnisse der neuen Strafanstalt Prag vom 1. Sept. 1889 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, unter Nr. 110 die Verordnung des Ministeriums des Innern im Einvernehmen mit den übrigen Ministerien und dem Obersten Rechnungshofe vom 3. Juli 1889, betreffend die Feststellung eines einheitlichen Vorganges bei der Ermittlung und Anrechnung der Distanzen in den Reiseparticularien der Staatsbeamten, unter Nr. 112 die mit 1. Jän. 1890 in Wirksamkeit tretende Verordnung des Justizministeriums vom 7. Juli 1889, betreffend die Zuweisung der Ortsgemeinde Pluhow-Zdár aus dem Sprengel des Bezirksgerichts Weseli und des Kreisgerichts Tabor zu jenem des Bezirksgerichts Neuhaus und des Kreisgerichts Budweis in Böhmen und in Nummer 113 den Erlass des Finanzministeriums vom 7. Juli 1889, betreffend eine mit 1. Juli 1889 in Wirksamkeit getretene theilweise Aenderung in der Eintheilung der Finanzinspectoratsbezirke in Oberösterreich; in Stück LXIV, ausgegeben am 20. Juli 1889, unter Nummer 118 die Kundmachung des Finanzministeriums vom 11. Juli 1889, betreffend die Verlegung des Amtssitzes der Finanzbezirksdirection in Saaz nach Komotau mit 1. October 1889; in Stück XLVI, ausgegeben am 13. Aug. 1889, unter Nr. 126 die Vdg. des HM. v. 4. Aug. 1889, betreffend die den Staatsbeamten im Falle ihrer Verwendung als Sachverständige bei Enteignungen zu Eisenbahnzwecken gebürende Entschädigung.

(Aenderung des Schulbeitrags von Verlassenschaften in Krain.) Mit dem am 8. Aug. 1889 kundgemachten krainischen Landesges. vom 6. Juli 1889 (LGB. 15) wurde bestimmt:

Artikel I. Der § 2 des Ges. v. 18. Dec. 1874 (LGB. 1 v. J. 1875), wird in seiner gegenwärtigen Fassung ausser Wirksamkeit gesetzt und hat künftighin zu lauten wie folgt:

§ 2. Dieser Schulbeitrag ist, wenn der reine Nachlass über 300 fl. bis einschliesslich 500 fl. beträgt, mit der fixen Gebür von Einem Gulden zu entrichten.



Uebersteigt jedoch der reine Nachlass 500 fl., so hat folgender Tarif Anwendung zu finden:

Bei reinen Verlassenschaften von

über 500— 1.000 fl.	von jeden 100 fl. . .	—	fl. 20	kr.
„ 1.000— 5.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 25	„
„ 5.000— 10.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 30	„
„ 10.000— 20.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 35	„
„ 20.000— 30.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 40	„
„ 30.000— 40.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 50	„
„ 40.000— 50.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 60	„
„ 50.000— 60.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 70	„
„ 60.000— 80.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 80	„
„ 80.000—100.000 „	„ „ „ „ . .	—	„ 90	„
„ 100.000— — „	„ „ „ „ . .	1	„ —	„

Dieser Tarif hat jedoch nur für solche Erben, bez. Vermächtnisnehmer (Legatare) zu gelten, für welche die Vermögensübertragungsgebür auf den Todesfall nach TP. 106—B lit. a des kais. Pat. v. 9. Febr. 1850 (RGB. 50) mit 1 Percent zu bemessen ist.

In anderen Fällen ist der nach dem vorstehenden Tarife entfallende Schulbeitrag um 50 Percent zu erhöhen. Bruchtheile unter 100 fl. sind zwar bei der Bestimmung des zur Anwendung kommenden Tarifsatzes, nicht aber bei Berechnung der Gebür zu berücksichtigen.

Die Zahlung des Schulbeitrags trifft den Erben und Vermächtnisnehmer, und zwar jeden hinsichtlich seines Antheils; doch haftet der Erbe für den von einem Vermächtnisse bemessenen Beitrag zur ungetheilten Hand mit dem Vermächtnisnehmer, von welchem er die für das Vermächtnis entrichtete Gebür einzubringen berechtigt ist.

Artikel II. Die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes treten mit dem Tage der Kundmachung in Wirksamkeit und haben auf alle Fälle Anwendung zu finden, bei welchen der Tod des Erblassers nach diesem Tage eingetreten ist. Früher angefallene Verlassenschaften unterliegen dem Ges. v. 18. Dec. 1874 (LGB. 1 ex 1875) in dessen bisheriger Fassung.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger: Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Einige Reformvorschläge zum Strafgesetzentwurf.

Von Dr. J. Ofner.

Der Strafgesetzentwurf enthält gegen das bestehende Gesetz zweifellos einen erheblichen Fortschritt; aber er ist in manchen Bestimmungen reformbedürftig, und da es sich um ein Gesetz für lange Dauer und von grosser Tragweite handelt, so ist es Pflicht eines Jeden, sein Scherflein beizutragen, damit das Gesetz so fehlerfrei als möglich werde.

A. Allgemeine Bestimmungen:

I. Arten der strafbaren Handlungen (§ 1).[1]

Der Entwurf lehnt es mit Recht ab, die Scheidung zwischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen in etwas anderem zu suchen, als in der für die That nach vernünftigem Urtheil als angemessen betrachteten Strafe.

Aber dieser Gedanke ist nicht vollständig durchgedacht; das zeigt namentlich der zweite Satz: „Hiebei macht es keinen Unterschied, ob die bezeichnete Freiheitsstrafe ausschliessend oder wahl weise neben einer milderen Strafart gedroht ist“.

Dieser Satz ist folgewidrig und ungerecht.

Folgewidrig — denn, wenn für eine Handlung eine Gefängnisstrafe als angemessen erachtet wurde, wie kann man sie in anderen Beziehungen als Verbrechen behandeln, blos deshalb, weil eine zweite Handlung, mit welcher sie in keiner Beziehung steht, und auf welche infolge ihrer weit höheren Intensität und Gefährlichkeit Zuchthaus gesetzt ist, unter denselben Gesetzesparagraph oder unter denselben Gruppenbegriff gebracht ist?

Die Folgewidrigkeit zeigt sich besonders bei jenen Gesetzbüchern (unter welche auch der Entwurf gehört), in denen manche Gattungsdelicte in Unterarten abgetheilt sind, im Entwurfe z. B. Diebstahl in einfachen (§ 260), welcher Vergehen, und qualificierten Diebstahl, welcher Verbrechen ist; während andere Delicte mangels hinreichender Erfahrung über die maassgebenden Unterscheidungsmerkmale unter einen einzelnen Rechtssatz gestellt, und dann wahlweise, d. h. nicht zur Aburtheilung nach freier Wahl, sondern nach

[1] Ob der Gesetzentwurf wohl daran gethan hat, alle Rubren zu verwerfen, mag dahin gestellt bleiben.



der Grösse des Delicts mit Zuchthaus und Gefängnis, oder Gefängnis und Haft bedroht sind.

Ist es hier nicht offenbar, dass in dem letzteren Falle der Urheber einer minder strafbaren, auch vom Richter nur mit der milderen Strafe belegten That für die mangelnde Unterabtheilung büsst?

Würde man den Meineid unter zwei Paragraphe stellen, z. B. einfachen Meineid, und Meineid in öffentlichen Angelegenheiten, über Statusfragen oder Vermögensfragen über 1000 fl. unterscheiden: so wäre der Meineidige in einer Bagatellsache eines Vergehens schuldig; weil man aber die Unterabtheilung, sei es mit Recht oder Unrecht, nicht treffen wollte, ist er, wenn auch nur mit Gefängnis bestraft, für sonstige Beziehungen und Rechtsfolgen ein Verbrecher.

Ist das folgerecht?

Die Inconsequenz wird aber zur Ungerechtigkeit, weil sie den Thäter schwer trifft. Im Entwurf sind die Folgen der strafbaren und abgeurtheilten That wohl derart geregelt, dass sie nicht mit dem Verbrechen oder Vergehen, sondern mit der verhängten Strafe verbunden werden; so namentlich die Schmälerung der staatsbürgerlichen Rechte und die Verjährung der Strafe.

Aber einmal bestehen neben dem Strafgesetz andere Vorschriften, welche sich noch an die Unterscheidung zwischen Verbrechen, Vergehen, Uebertretung anlehnen, z. B. die Vorschriften über Wahlfähigkeit (vgl. § 43 Entwurfs).

Wenn aber auch diese abgeändert werden können und wohl auch entsprechend dem neuen Strafgesetze abgeändert werden würden: der Name Verbrecher macht den Thäter zu einem ständigen Angriffsobject der Polizei; er macht ihn, was noch weit ärger ist und durch keine Vorschrift beseitigt werden kann, in der Gesellschaft unmöglich. Man darf nicht von dem Urtheil in politisch oder social bewegten Zeiten ausgehen, wo der Abscheu vor dem Namen „Verbrechen" gemindert ist, und wo auch der minder Aufgeklärte nach der Natur der begangenen That fragt. In ruhiger Zeit ist der Verbrecher aus der Gesellschaft gebannt; und will der Gesetzgeber diese Hilfe der socialen Sanction des Gesetzes erhalten, so ist es seine Pflicht, den minder Schuldigen, den seiner That nach Nichtverbrecher, von diesem Bann zu lösen. Dies gilt, wenn auch in minderem Grade, auch für die Scheidung zwischen Vergehen und Uebertretung.

Der zweite Absatz des § 1 kann sich nur auf jene allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes beziehen, welche das Wort Verbrechen oder Vergehen gebrauchen, und welche auch auf jene Handlungen sich erstrecken, die im einzelnen Fall eine geringer strafbare That bilden können. Die individuelle That verlangt aber auch ihr individuelles Recht.

Ich würde daher vorschlagen:

a) Den zweiten Absatz des § 1 dahin zu fassen:

„Die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes über Verbrechen oder Vergehen finden

auch auf Handlungen Anwendung, auf welche die bezeichneten Freiheitsstrafen wahlweise neben einer milderen Strafart angedroht sind".

b) In das Einführungsgesetz die Bestimmung aufzunehmen:

„Das verurtheilende Erkenntnis hat die strafbare Handlung stets als Verbrechen, Vergehen oder Uebertretung zu bezeichnen. Die Bezeichnung erfolgt gemäss § 1 des Strafgesetzes nach der über die That verhängten Strafe. Ist die That mit Gefängnis oder Geldstrafe, nicht auch mit Haft bedroht, so ist sie auch, wenn auf Geldstrafe bis zu 300 fl. erkannt wird, als Vergehen zu bezeichnen".

Der Schlussatz des § 1 ist durch die auf Antrag Dr. J. Kopp's vorgenommene Einschaltung etwas weitläufig geworden; er könnte stilisiert werden:

„Als Verbrechen werden nur vorsätzliche Handlungen bestraft; zu Vergehen wird Vorsatz, zu Uebertretungen nur Fahrlässigkeit verlangt, wenn nicht das Gegentheil aus Wortlaut und Zusammenhang des Gesetzes hervorgeht".

II. Zeitlicher Umfang des Gesetzes (§ 2).

Der § 2 des Entwurfs verlangt, um verständlich zu sein, eines Commentars. Er will aussprechen, dass das Gesetz auch auf vorher begangene Handlungen anwendbar ist, wenn es nicht strenger ist, als das Gesetz zur Zeit der Begehung. Er will den zweiten Absatz des § 2 Deutschen Strafgesetzes ausschliessen, welcher auch auf die Zwischenzeit von der Begehung bis zur Aburtheilung Rücksicht nimmt. Wenn man aber den § 2 liest, so wird kein Unbefangener, insbesondere kein Nichtjurist diesen Sinn erkennen, und doch sollte ein modernes Strafgesetz für die Auffassungskraft von Geschwornen berechnet sein; jeder Gebildete sollte das Gesetz in seinen einfachen Bestimmungen verstehen, der geschulte juristische Verstand nur für verwickelte Rechtsfälle nötig sein. Dies wäre in ganz einfacher Weise damit bewirkt, dass man den § 2 formuliert:

„Das Strafgesetz ist auch auf vorher begangene Handlungen anwendbar; doch kann eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese oder eine gleich strenge Strafe u. s. w."

III. Oertlicher Umfang des Gesetzes (§§ 3—7).

Bei der Bestimmung über den örtlichen Umfang des Gesetzes sind zwei Fragen zu erledigen. Die eine, welche von der Deutschen Regierung aufgeworfen wurde, bezieht sich auf den Schutz des Inländers im Aulande, und ist noch nicht spruchreif, und es ist daher zu billigen, wenn das Gesetz auf bisherigem Boden bleibt. Die andere betrifft den § 6, 2. Abs., in welchem jedenfalls Vorsorge

für die Gegenseitigkeit zu treffen ist. Sie ist bekanntlich bei den Ungarn nicht sichergestellt. Es wäre hinzuzufügen: In anderem Falle sind sie gleich Ausländern im Falle des § 4, al. 3 zu behandeln.

IV. Strafarten.

Der Entwurf setzt als Hauptstrafen: Todesstrafe, Zuchthaus-, Staatsgefängnis-, Gefängnis-, Haft- und Geldstrafe.

Die Aufnahme der Todesstrafe scheint so fest bestimmt zu sein, dass ich mich nur gegen den Verdacht schweigenden Einverständnisses wahren möchte. Ich bin kein Gefühlsfantast und halte die Gesellschaft im Notfalle auch berechtigt, den Tod zu verhängen. Wenn man mir nachweisen oder selbst nur sehr wahrscheinlich machen könnte, dass, wenn der Mord mit dem Tode bestraft wird, 100 Morde, wenn er nicht mit Tode bestraft wird, 105 Morde im Jahre vorkommen: so würde ich die anzunehmenden fünf Mehropfer gegen die 100 Verbrecher in die Waagschale legen und sie wären für mich bestimmend. Aber ich habe mich seit 20 Jahren (ich hatte die Frage schon bei meiner Disputation aufgenommen) durch Studium aller mir zugänglichen statistischen Daten überzeugt, dass die Beibehaltung der Todesstrafe stets nur aus Rücksicht auf altes Herkommen, die Wiedereinführung nur als Ausdruck politischer Reaction erfolgte. Seitdem man den Spruch: Auge um Auge, aus dem Strafgesetz verbannt hat, sollte auch das oft citierte: Die Herren Mörder sollen den Anfang machen — von keinem Sachkundigen mehr nachgesprochen werden.

Nicht das gleiche Argument gilt gegen die auf lebenslang verhängte Freiheitsstrafe, da sie in Wirklichkeit nur für unbestimmt lange Zeit gilt — „so lang es der Königin gefällt.“ Man hat sie nur deshalb abgeschafft, weil man in der Unbestimmtheit ein unliebsames Eindringen des polizeilichen Elementes sah, weil man 15 oder 20 Jahre auch bei verstockten Verbrechern für genügend zur Abtödtung der Leidenschaft findet und auch dem Verbrecher eine letzte Hoffnung nicht nehmen will. Die Erfahrung hat sich dem bisher günstig gezeigt und ich stimme gern bei. Um so auffälliger ist es, dass der Entwurf gerade in einem Falle lebenslängliche Zuchthausstrafe und zwar mit der Verschärfung beibehalten hat, dass der Richter auf sie erkennen muss und auf die individuellen Umstände des Falles keine Rücksicht nehmen darf. Es tritt dies nach § 331 Entwurfs ein, wenn Jemand durch Anwendung von Sprengstoffen Gefahr für Eigentum, Gesundheit oder Leben Anderer herbeiführt, und einen tödtlichen Erfolg voraussehen konnte, der auch eintritt.

Die That ist gewiss furchtbar. Aber ist es nicht gleich strafbar, wenn Jemand einen Damm öffnet und hiedurch eine Ueberschwemmung verursacht, welche, wie er voraussehen konnte, mehrere Menschenopfer kostet?

Andererseits kann auch hier im einzelnen Falle, gerade weil Sprenggeschosse derzeit ein in der socialistischen Bewegung von Demagogen angepriesenes Mittel sind, der Thäter ein verführter, heissblütiger, junger Mann sein, bei welchem die lebenslange Einkerkerung eine unverhältnissmässige Strafe wäre. Man antworte mir nicht, dafür sei die Gnade da; mit diesem Argument kann man auch die Strafe des Viertheilens vertheidigen. Hat man für Brandlegung und andere gemeingefährliche Handlungen unter gleichen Verhältnissen (vgl. §§ 86, 167 a des geltenden Strafgesetzes) Zuchthaus bis zur längsten Dauer der zeitigen Strafe für zureichend angenommen, so kann man es getrost auch bei dem einen übriggelassenen Falle thun.

Eine in den Folgen nicht unbedenkliche Unterschätzung findet sich im Entwurf betreffs der Gefängnisstrafe. Man scheint Gefängnis und Haft als wenig verschieden aufzufassen. Das zeigt sich z. B. darin, dass man für die Beleidigung Gefängnis- oder Geldstrafe setzt; so dass der Richter, wenn er die That durch ein blosses Geldopfer nicht gesühnt findet, nicht auf Haft, sondern auf Gefängnis erkennen muss. Das ist ein gefährlicher Irrtum. Das Gefängnis steht zwischen Zuchthaus und Haft als ein Mittleres. Soll es der Richter bei schwereren Delicten mit seinem Gewissen vereinbar finden, Gefängnis (statt Zuchthausstrafe) zu verhängen: so muss er diese Strafart als ernst kennen. Die Gefängnisstrafe soll in der Strenge ebenso hoch über der Haft, als unter dem Zuchthaus stehen. Bei allen Delicten, wo man unter Umständen den blossen Appell an das Ehrgefühl für genügend hält, soll daher neben Gefängnis auch Haft als Strafe aufgenommen; dagegen soll die Gefängnisstrafe niemals so gemildert werden, dass sie lediglich Haft unter anderem Namen ist. Statt dessen finde ich in dem Entwurfe die Eigentümlichkeit, dass, während auf zahlreiche Delicte Zuchthaus oder Gefängnis gesetzt ist, man in ängstlichster Weise bemüht war, Gefängnis und Haft nicht nebeneinander wahlweise anzudrohen. Und doch verhalten sie sich zu einander ganz ähnlich wie Zuchthaus und Gefängnis.

Ganz unbegreiflich ist das Verhältnis des Entwurfs zu Geldstrafen. Der § 26 enthält ein Stück socialer Frage in sich. Ein Tag Zuchthaus für 3 fl., ein Tag Gefängnis für 2 fl.! Man bedenke, dass die Umwandlung von Geldstrafen in strenge Freiheitsstrafen nur bei Armen vorkommen kann. Wer wird sich in das Zuchthaus sperren lassen, wenn er zahlen kann?

Die Gleichstellung von Zuchthaus und Gefängnis mit Geld heisst also: der Reiche zahlt die Geldsumme, der Arme wird eingesperrt. Dieses an sich leidige Verhältnis lässt sich wohl nicht ganz vermeiden, aber in der Höhe der Summe, welche für den Tag der Freiheitsstrafe gesetzt wird, muss wenigstens das Streben ersichtlich sein, die Kluft zwischen Reich und Arm nicht zu schroff erscheinen zu lassen. Ich will es vermeiden, die Summe

nach meinem individuellen Gefühl der Proportionalität zu bezeichnen; aber 1 Tag Haft für 1—10 fl., 1 Tag Gefängnis oder Staatsgefängnis für 10—25 fl., 1 Tag Zuchthaus für 20—50 fl., dürfte dem allgemeinen Rechtsbewusstsein gewiss mehr entsprechen, als die vom Entwurfe dem Deutschen Strafgesetz ungefähr (dort ist 1—5 Thaler der Einsatz für 1 Tag Zuchthaus oder Gefängnis) nachgeschriebene Scala.

Die Proportionalität zwischen Gefängnis- und Geldstrafe fehlt auch bei den einzelnen Strafbestimmungen im speciellen Theile. Das Maximum von 500 fl. entspricht einmal 2 Monaten (§ 143), dann 3 Monaten (§§ 126, 132, 133 u. a.), 6 Monaten (§§ 127, 128, 130 u. a.), 1 Jahr (§ 129), 2 Jahren (§ 159); andererseits entspricht dem Maximum von 1 Jahr bald 500 fl., bald 1000 fl. (§§ 138, 148 u. a.), 2000 fl. (§ 196) oder 3000 fl. (§§ 195, 196, 248 nach dem Ausschussantrag). Eine solche Verschiedenheit könnte gerechtfertigt sein, wenn die eine Art der Delicte, auf welche alternative Freiheits- oder Geldstrafe gesetzt ist, regelmässig bei Reichen, die andere bei Armen vorkommt; aber die Delicte gegen die Staatsgewalt haben mit Reich und Arm nichts zu thun. Am einfachsten wäre die Bestimmung, dass der Richter in jedem Falle, wo er nach Natur des Falls nicht über 1 Jahr Gefängnis verhängen würde, berechtigt ist, anstatt derselben eine Geldstrafe aufzuerlegen, wobei er unter Beachtung der Vorschrift des § 24, 2. Abs. für 1 Tag Gefängnis einen Strafbetrag zwischen 10—25 fl. zu verhängen hat.

Unter die Strafen sollte auch der Verweis aufgenommen werden. Fürchtet man sich, diese in England schon längst geübte Strafart für Verbrechen oder Vergehen anzuführen, so versuche man sie bei Uebertretungen. Das gegenwärtige Strafgesetz kennt den Verweis in den Fällen der §§ 414, 417, 419 und 528. Aber es würde zweifellos die Achtung vor dem Gesetze sehr erhöhen, wenn der Richter bei geringfügigen Uebertretungen, für welche er nach Natur des Falls höchstens eine dreitägige Haft oder eine Geldstrafe von 30 fl. verhängen würde, in rücksichtswürdigen Fällen auf einen Verweis erkennen könnte. Die verderbliche Wirkung von Strafen, welche wegen ihrer geringen Höhe einen wirksamen Einfluss nicht üben können, ist derzeit von der Wissenschaft allgemein anerkannt; der richterliche Verweis ist namentlich als erste Strafe ein gutes Ersatzmittel. Die hierauf bezügliche Vorschrift könnte nach § 29 eingefügt werden und ungefähr lauten:

§ 29 b: „Als Strafe einer Uebertretung, über welche der Richter nach den Umständen des Falls Haft bis zur Dauer von drei Tagen oder Geldstrafe bis 30 fl. zu verhängen findet, kann derselbe anstatt dessen in rücksichtswürdigen Fällen einen Verweis verfügen. Diese Umwandlung findet nicht statt, wenn der Thäter innerhalb des letzten Jahres einer gleichartigen Handlung für schuldig erkannt worden ist“.

Als Folge der Todes- oder Zuchthausstrafe und unter gesetzlich bestimmten Voraussetzungen (§ 39) auch der Gefängnisstrafe tritt Schmälerung der staatsbürgerlichen Rechte ein. Eine Wirkung derselben ist der Verlust des Doctorats, womit jedoch, wie in § 42 vorletztem (derzeit letztem) Absatz gesagt ist, der Verlust der Berechtigung zur Ausübung eines bestimmten Berufs nicht verbunden sein soll. Hier ist trotz aller Mässigung noch ein letztes Stück des alten Zopfs geblieben. Warum soll denn der Verbrecher, der vielleicht ein lumen scientiae ist, nach Endigung seiner geschmälerten Ehre nicht ipso jure den Doctorgrad wieder erlangen? § 34, Abs. 2 ist berechtigt, aber § 42, Abs. 2 mit dem Charakter der Ewigkeit keineswegs.

V. Strafarten. (Einzelnes.)

Im Einzelnen wäre bei den §§ 8—46 zu bemerken:

1. Im § 11, 2. Absatz, wäre hinzuzufügen, dass im Falle des § 410 StPO. auch der Gerichtshof zweiter Instanz zu dieser Milderung berechtigt sei.

Im ersten Absatz enthält die Bestimmung, dass die Wahl nur gestattet ist, wenn die Kosten gedeckt und Ersatz geleistet ist, eine Bevorzugung der Reichen vor den Armen. Es sollte lauten: „Die Wahl derselben ist ihnen, wenn ...... gesichert ist, unter den durch die Hausordnung gebotenen Beschränkungen gestattet; in anderem Falle darf sie den Erwerb des Sträflings nicht erheblich verringern.“

2. Die auf Antrag des Herrn Dr. Jos Kopp beschlossene Abänderung des § 12 lautet nach meiner Aufzeichnung: „Wenn auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Gestattung neben der Haft auf Anhaltung zur Arbeit erkannt wird, ferner in allen übrigen Fällen, wenn die Voraussetzung des § 11, Abs. 2 nicht eintritt, kann der Gefangene zur Arbeit im Gefängnis und unter den im § 9 (11?) bezeichneten Beschränkungen auch ausserhalb desselben verwendet werden.“

Wenn diese meine Aufzeichnung richtig wäre, so wäre der erste Fall, in welchem der Häftling zur Arbeit angehalten werden kann, durch den zweiten überflüssig. Die Bestimmung würde aber überhaupt Haft mit Gefängnis gleichstellen; man könnte sogar in dem strengeren Begriffe Arbeit gegenüber der in § 11 vorgeschriebenen „Beschäftigung“ die Statthaftigkeit einer schärferen Behandlung erblicken. Ich würde die Fassung vorschlagen: „Die Verurtheilten können zu einer Beschäftigung angehalten werden, wenn das erkennende Gericht es im Urtheile ausspricht; und es gelten dann bezüglich derselben die Bestimmungen des § 11. Den Verurtheilten, welche nicht zur Arbeit verhalten sind, ist es gestattet, sich auf eigene Kosten zu verpflegen.“

3. § 14 würde, wenn man sich zur Aufhebung des einzelnen Falles einer Zuchthausstrafe auf Lebensdauer entschliessen sollte, lauten:

„Die längste Dauer der Zuchthaus- oder Staatsgefängnisstrafe beträgt zwanzig Jahre u. s. w.“

Ebenso entfiele in § 41 der auf die lebenslängliche Zuchthausliche Satz.

4. Die §§ 15 und 16 sind sehr unschön gefasst. § 15, Abs. 2 kann ganz wegfallen, denn er enthält nur Selbstverständliches. In § 15, Abs. 3 soll das Gewicht darauf liegen, dass auch theilweise auf Geldstrafe erkannt werden kann; die Fassung verdeckt dies. In § 16 endlich kann es nur darauf ankommen, dass die Persönlichkeit einer solchen Ausnahme würdig sei; „bedürftig“ ist nicht vonnöten und viel zu dehnbar. Es könnte statt §§ 15 u. 16 textirt werden:

„Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Staatsgefängnis gestattet, ist auf Zuchthaus nur dann zu erkennen, wenn die strafbare Handlung aus verächtlicher Gesinnung entsprungen ist.

Ist in einem der in dem I. bis VI. Hauptstücke des II. Theils bestimmten Fälle Gefängnis, jedoch nicht wahlweise neben Zuchthaus und ohne Schmälerung der staatsbürgerlichen Rechte angedroht, so kann in rücksichtswürdigen Fällen auf Staatsgefängnis erkannt werden.

Lässt das Gesetz die Wahl zwischen einer Freiheits- und einer Geldstrafe, so kann auf die letztere in rücksichtswürdigen Fällen ganz oder theilweise erkannt werden.“

5. In § 24 wäre als Mindestbetrag der Geldstrafe bei einem Verbrechen 20 Gulden anzunehmen;

in § 26 aber wären statt 3—15 fl., 2—10 fl. und 1—10 fl. die Sätze: 20 — 50 fl., 5—25 fl. und 1—10 fl. aufzunehmen.

Der Schluss des ersten Absatzes von § 26 bietet übrigens einen deutlichen Beleg für die Fehlerhaftigkeit eines verschiedenen Verhältnisses zwischen Freiheits- und Geldstrafe in den einzelnen Strafbestimmungen des Gesetzes. Bis zum Minimum der Freiheitsstrafe wäre Willkür gestattet. Das Maximum aber bleibt gleich, d. h. dieselbe Strafe gilt in dem einen Falle 500 fl., im zweiten 1000 fl., im dritten 2000 fl.

6. In § 25, Abs. 2 ist Staatsgefängnis als würdiger behandelt, denn Haft. Das sollte meines Erachtens ausgeschlossen sein und die Worte: wenn die Bedingungen des § 16 vorliegen oder — wären jedenfalls zu streichen, wenn man es nicht vorzieht, die ganze Bestimmung über das Staatsgefängnis wegzulassen.

§ 27 aber wäre dem § 25 als Schlussatz anzufügen.

7. Die Verfügung des § 33 oder richtiger des Art. XLII der Einführungsgesetze über die Ausübung des in § 33 normierten

selbständigen Erkenntnisses über den Verfall enthält nicht die nötigen processualen Vorsichten zum Schutze der Betheiligten. Richtiger ist die analoge Anwendung des § 493 StPO., so dass jedem Betheiligten das Recht des Einspruchs zusteht; denn sowohl die Frage des Eigentums, als der Bestimmung zu rechtswidrigem Zwecke, oder der Eigenschaft eines Gegenstands als Lohn oder Geschenk für eine strafbare Handlung kann sehr zweifelhaft sein. Dem Betheiligten wäre aber auch das Recht zu gewähren, die Vernehmung von Zeugen zu verlangen und sonstige processuale Beweismittel vorzubringen, da die Verschweigung dieses Punkts in § 493 StPO. blos darin seinen Grund findet, dass bei Beurtheilung des Inhalts einer Druckschrift keine thatsächlichen streitigen Momente vorliegen.

8. In § 34 ist durch die Bestimmung „6 Monate bis zu 3 Jahren und bei besonderer Gefährlichkeit für immer" ein Sprung gemacht, welcher mit der sonstigen individualisierenden Richtung des Gesetzes in vollem Widerspruche steht. Auch die Advocatenordnung hat z. B. den Unterschied zwischen zeitweiliger Einstellung der Praxis und gänzlicher Streichung aus der Liste aufgenommen, aber dies bedeutet nur, dass der Gestrichene nicht vor drei Jahren um Wiedereintragung einschreiten kann.

In analoger Anwendung sollte in § 34 ausgesprochen werden, dass dem Verurtheilten die Ausübung dieses Berufs für die Dauer von 6 Monaten bis zu 3 Jahren oder auf unbestimmte Zeit untersagt werden kann. Im letzteren Falle könne der Verurtheilte nicht vor Ablauf von 3 Jahren bei der zuständigen Behörde um Zulassung zum Berufe ansuchen.[1]

9. Ein Gegenbild zu § 34 bietet der derzeitige Schlussabsatz des § 42. Ich kann mich mit demselben nach zweifacher Richtung hin nicht befreunden. Während der Dauer der geschmälerten staatsbürgerlichen Rechte sollte der Verurtheilte auch nicht ohneweiters jene Beschäftigung ausüben dürfen, zu welcher man den akademi-

[1] Bei Anlass des § 37, welcher derzeit richtig gefasst und nur insoweit reformbedürftig ist, als unser Gesetz über Zuständigkeit durch seine Gleichgiltigkeit gegen eine noch so lang währende Ansässigkeit an einem Orte zu den grössten Unbilden führt, möchte ich auf einen interessanten Punkt in dem gegenwärtigen Gesetze aufmerksam machen. Ist es nicht auffällig, dass die Landesverweisung gegen Ausländer bei dem grössten Verbrechen nur ausgesprochen werden kann, bei zwei geringfügigen Uebertretungen (Hazardspiel und Curpfuscherei) aber ausgesprochen werden muss? Man wird hiefür keinen vernünftigen Grund finden, denn die Erklärung ist rein historisch. Der erste Theil des Strafgesetzes wurde von dem Juristen Haan, der zweite von dem Polizisten Sonnenfels ausgearbeitet. Der Erste unterschied genau zwischen notwendigen und zweckmässigen Nebenfolgen des Verbrechens; der Letztere, welcher offenbar Spielhöllen und die damals verbreitete Charlatanerie am Lande im Auge hatte, dachte lediglich, dass man solche schädliche Subjecte nicht im Lande brauche. Eben deshalb kann ich trotz der gewichtigen juristischen Gründe, welche hiefür geltend gemacht wurden, der Cassations-Entscheidung nicht beipflichten, welche die Landesverweisung gegen Ausländer als de jure für immer lautend erklärte. Der Fall, aus welchem diese Entscheidung gefällt wurde, dürfte noch in Erinnerung sein. Ein sonst bestens

schen Grad verlangt. Im Anwaltsstande giebt es einen Disciplinarrat, der die Vertrauenswürdigkeit prüfen kann. Aber für die Aerzte giebt es kein derartiges Organ und, sobald man die akademische Würde als Voraussetzung der Eigenschaft als med. Doctor aufgestellt hat, geht es nicht wohl an, von derselben abzusehen, ohne dass eine autonome oder staatliche politische Behörde über das Recht des Verurtheilten zur Ausübung des Berufs trotz geschmälerter staatsbürgerlicher Rechte zu entscheiden hätte. Dagegen wäre zu verfügen, dass der Verlust des akademischen Grades nur für die Zeit, während welcher die staatsbürgerlichen Rechte geschmälert sind, gelte, und könnte dies einfach dadurch ausgedrückt werden, dass in § 44 Abs. 2 vor den Schlussworten: „nicht wieder erlangt" — eingefügt würde: „mit Ausnahme der akademischen Grade."

VI. Strafausmaass.

Die Bestimmungen über das Strafausmaass sind in dem speciellen Theil enthalten; sie zeigen aber, wenn man sie unter einander vergleicht, eine Eigenschaft, welche deren Besprechung an dieser Stelle zweckmässig macht. Sie erscheinen nemlich als launenhaft. Höchst- und Mindestmaass stehen nicht im Einklang. Einmal ist kein Minimum gesetzt trotz hohem Maximum, das anderemal ist das Maximum viel kleiner, dennoch aber ein absolutes Minimum. Die gleiche Inconsequenz bei wahlweisem Zusammentreffen von Freiheits- und Geldstrafe habe ich schon unter III. erwähnt. Dieser Rest abstracter Strafbestimmung lässt ebenso wie § 1 darauf schliessen, dass der Individualisierungsgedanke noch nicht durchgedrungen ist. Man unterscheide wenige Maxima, und keine Minima: das ist die Regel, welche der Grundsatz der Einfachheit, und der Gerechtigkeit gegenüber der einzelnen That ergiebt. Gegen ein zu geringes Maass schützt die Berufung des Staatsanwalts; wozu dem Gewissen des Richters weitere Fesseln anlegen? Der Hochverrat im Falle des § 89, Z. 1 wird niemals unter 5 Jahren

beleumundeter Mann war beim Hazardspiel getroffen worden, wurde zu einer geringen Geldstrafe verurtheilt, aber als Ungar zugleich des Landes verwiesen. Das LG. Innsbruck hatte diese Verweisung auf eine bestimmte kurze Zeit beschränkt. Dagegen erhob die k. k. Generalprocuratur die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, welcher stattgegeben wurde. Die Gründe sind theils aus dem Wortlaut, namentlich dem Gegensatz zwischen § 249 1. u. 2. Abs. StG., theils aus der Analogie mit anderen Nebenstrafen genommen. Ihr Gewicht soll nicht verkannt werden. Aber gegen sie stehen zwei maassgebende Rechtsgründe: 1. Die Landesverweisung verlangt ihrer Natur nach nicht die immerwährende Dauer; Beweis der § 37 des Entwurfs; 2. die Landesverweisung aus Anlass einfachen Hazardspiels ist ein Justizverbrechen, eine unverantwortliche Grausamkeit, in ihrer Art ebenso schlimm, wie die Folter oder das Prangerstellen. Bei einem so scharfen Gegensatz zwischen Gesetz und Natur der Sache war es Pflicht der rechtsübenden Organe, zur Ueberbrückung des Gegensatzes ihre Hand zu leihen, wie es die grossen römischen Juristen stets thaten. Da der Wortlaut des Gesetzes es zuliess, war daher meines Erachtens der Ausweg, welchen das Innsbrucker Landesgericht fand, gutzuheissen, nicht aber alle juristischen Auslegungsmittel aufzubieten, um die alte Barbarei zu erhalten.



geahndet werden; dass aber ein Mitschuldiger am Hochverrat nach § 89, Z. 2 ausnahmsweise auch mit 3 Jahren strenge genug gestraft sei, ist kaum fraglich. Es ist bekannt, dass bei unserem derzeitigen Strafgesetz ein grosser Misstand darin liegt, dass oft die Mittelstufe fehlt. Diebstahl bis 25 fl. wird z. B. mit Arrest im Maximum von 6 Monaten, Diebstahl über 25 fl. mit schwerem Kerker im Minimum von 6 Monaten bestraft. Die notwendige Folge ist, dass ein vernünftiger Richter, wenn es sich um 26 fl. handelt, eifrig bemüht ist, den 1 fl. im Wert zu kürzen, und dass in einem in meiner Praxis vorgekommenen Falle die Geschwornen dies gegen das offene Geständnis des Angeklagten thaten. Dieser Misstand wird sich, wenn man Minima beibehält, von neuem geltend machen. Man vergleiche z. B. die §§ 100 und 101: Bedrohung des Kaisers mit Thätlichkeit wird mit Zuchthaus oder Staatsgefängnis nicht unter 5 Jahren bestraft; Beleidigung des Kaisers, wenn sie öffentlich oder in Gegenwart des Kaisers begangen wurde, mit Gefängnis. Jeder Praktiker weiss, wie schwer Bedrohung und Beleidigung in einzelnen Fällen zu scheiden sind (man vergleiche den Wortlaut des § 496 StG.); es ist also gewiss nicht ratsam, das Maximum der Strafe für das geringere Delict, die sich ohnehin in der Strafart unterscheidet, zum Minimum bei dem zunächst anschliessenden höheren Delict zu machen. Das ist ein Fall, der sofort in das Auge fällt; ähnliche werden sich in der Praxis oft ereignen.

Auch sonst ist das Minimum öfters anstössig. Nach § 102 wird Thätlichkeit gegen ein Mitglied des kaiserlichen Hauses mit Staatsgefängnis bestraft, also von 1 Tag aufwärts; nach § 103 darf bei öffentlicher Beleidigung nicht unter 1 Monat gegangen werden; der Richter ist also bei dem höheren Delict im Minimum freier, als bei dem geringern. Der Anführer eines Aufruhrs wird mit Zuchthaus oder Staatsgefängnis von 1 Jahre ab bestraft; wer die rechtswidrige Zufügung von Nachtheilen androht, um den Reichsrat oder einen Ausschuss desselben etc. in seiner Thätigkeit zu hindern, hat als Minimum 2 Jahre — sollte da nicht der Gesetzgeber Partei gewesen sein?

Ein Minimum ist durchaus unnötig. Es hat auch keine sonstige Bedeutung, weder für die Berufung, noch für Verjährung u. a. Man stelle also das Maximum derart, dass der Richter genügenden Spielraum hat, und überlasse das Weitere seinem Ermessen!

Auch die Feststellung der Höchstmaasse ist reformbedürftig. Sie fällt namentlich bei den Uebertretungen auf. Bei dem derzeit üblichen Maasstab sollte man 25 fl., 50 fl., 100 fl., 500 fl. als Maxima erwarten. Statt dessen findet man 10 fl., 20 fl., 40 fl., 70 fl. (!), 100 fl., 200 fl. und 300 fl. angeführt. Der Satz von 70 fl., macht geradezu einen komischen Eindruck; während 20 fl. und 40 fl. an das alte Maass erinnern, dessen Grundzahl 4 (nicht 5) war, ist die Zahl 70 nur mystisch oder biblisch bekannt, sonst aber ganz alleinstehend. Man muss erst in das Geheimnis des Fünfguldentags eingedrungen sein, um zu wissen, dass 40 fl. 8 Tage,

70 fl. 14 Tage, 300 fl. 60 Tage Haft bedeuten sollen. Aber warum hat man dann nicht auch für 3 Tage 15 fl., für 1 Monat 150 fl. angenommen? Auch eine Woche sollte ja nicht 40 fl., sondern 35 fl. gelten. Warum hat man sich geschämt, das Kinderspiel zu vollenden?

Man wolle doch im Mittelstande, nach welchem die Höhe der Geldstrafen sich richten muss, anfragen, ob derselbe 70 fl als ungefähr gleichwertig mit 14 Tagen Haft annimmt! Ein Gelächter wird die Antwort sein.

Die theoretische Lösung für das Höchstmaass der Geldstrafen liegt in dem Vorschlage, 1 Tag Haft mit 1—10 fl. gleichzustellen. Dadurch wird man aber nicht genötigt, 3 oder 8 (Tage) genau mit 10 fl. zu multiplicieren, um das Maximum der anzudrohenden Geldstrafe zu finden. Man kann sich vielmehr ohne weiters dem gemeinen Maasstab anpassen, und dort, wo bis 3 Tage Arrest bestimmt werden könnte, 25 fl.; wo 6—8 Tage, 50 fl.; wo 10—14 Tage, 100 fl.; wo bis 1 Monat, 300 fl.; wo bis 8 Wochen, 500 fl. als Maximum festsetzen.

Eine ähnliche Regulierung würde das Maximum der Geldstrafen verlangen, wo solche wahlweise neben Gefängnis gesetzt sind. Ich hielte es für das Zweckmässigste, dass überall, wo man dem Richter gestatten will, auf Geldstrafen zu erkennen, blos die Freiheitsstrafe angeführt und hinzugesetzt würde: „oder eine nach §§ 24 und 26 entsprechende Geldstrafe“.

Hat man bei einzelnen Delicten den Nebengedanken, dass auf Geldstrafe nur dann erkannt werden dürfe, wenn ein gewisser Höchstbetrag nicht überschritten wird, im anderen Falle aber auf Freiheitsstrafe erkannt werden müsse, so wäre dies entweder in dieser Form auszudrücken, oder die Geldstrafe blos in leichteren Fällen zu gestatten, und bei 3 Monaten 500 fl., bei 6 Monaten 1000 fl., bei 1 Jahr 2000 fl. als Maximum der wahlweisen Geldstrafe festzustellen.

Auch in dem Wechsel der Maxima bei den Freiheitsstrafen könnte man sich im Interesse der Einfachheit und Individualisierung eine Beschränkung auferlegen. Die Unterscheidung zwischen 2 und 3 Monaten als Maximum der Gefängnisstrafe ist zu subtil; ebenso die Einstellung von 2 Jahren als Mittelstufe; warum hat man 4 Jahre weggelassen?

Die einfache und hinreichende Scala ist bei Zuchthaus oder Staatsgefängnis 3, 5, 10, 15, 20 Jahre; bei Gefängnis 1, 3, 6 Monate, 1, 3, 5 Jahre.

An der Hand der drei Regulative: weniger Maxima, keine Minima, Bestimmung der wahlweisen Geldstrafe durch Verweisung auf § 26 — würde sich der Entwurf weit volkstümlicher und praktikabler gestalten.

VII. Strafaufschub (§ 23 b).

Das Institut des Strafaufschubs (condemnation conditionelle) ist von Belgien aus in die Gesetzgebung eingezogen. Es ist eine

Folge aus dem erfahrungsmässig geringen Einfluss kurzer Freiheitsstrafen, so dass die Furcht vor der Abbüssung stärker wirkt, als die Abbüssung selbst. Eine ähnliche Erfahrung macht der Civilanwalt bei manchen Executionsmaassregeln, deren Androhung viel öfter den Executen zur Zahlung zwingt, als ihr Vollzug. Das bekannteste Beispiel hiefür ist die Concurseröffnung. Auch der wenig bemittelte Schuldner scheut die öffentliche Verkündigung seiner Zahlungsunfähigkeit; ist sie ergangen, dann mag der Gläubiger über seine Forderung einen Strich machen. Ebenso wird das Bewusstsein des Verurtheilten, dass, wenn er in der ihm angekündigten Zeit ein weiteres Verbrechen oder Vergehen verübt, er doppelte Strafe abbüssen muss, gewiss die Folge haben, dass er sich doppelt in Acht nimmt; und da die Strafe Schutz der Gesellschaft durch ein dem Schuldigen zugefügtes Leid ist, so ist dessen Furcht begrifflich selbst als Strafe anzuerkennen. Die Abbüssung der ersten Gefängnis- oder Zuchthausstrafe ist dagegen oft nicht blos zur Abschreckung vor weiterer Uebelthat ungenügend, sondern übt einen sehr verderblichen Einfluss aus. Der Neuling, der sich einmal aus Unbesonnenheit, Leichtsinn, halbberauscht oder von schlechter Gesellschaft verführt, vergangen hat, und durch die Verurtheilung allein genügend gewarnt wäre, um zu rechtschaffenem Wandel zurückzukehren: kommt in die Gesellschaft verdorbener Individuen, von denen er erst zum Verbrecher gemacht wird.

Der § 23 b, des Entwurfs ist daher als wirklicher Fortschritt zu begrüssen, und wenn nicht anders, so soll er so, wie er ist, zum Gesetze erhoben werden. Aber einige Veränderung würde meines Erachtens seine Nützlichkeit vergrössern. Erstens ist die Vorbedingung zu streng. Wenn Jemand vor 20 Jahren wegen eines Vergehens verurtheilt worden war, so ist dies kein Grund, ihm die Rechtswohlthat des Strafaufschubs zu benehmen; es genügt die Straffreiheit während der im § 69 festgesetzten Verjährungszeit. Zweitens ist auch die Bedingung des festgestellten Wohnsitzes zu streng; sie würde den Arbeiterstand beinahe ausschliessen, weil der Arbeiter gar oft der Sclave der Conjunctur ist. Da der Richter den Aufschub der Strafe nur gewähren kann, nicht muss, und hiedurch ohnehin auf die Auswahl rücksichtswürdiger Fälle gewiesen ist, so soll es ihm unbenommen sein, auch dem Neuling im Delict, der einen wechselnden Aufenthalt hat, geeignetenfalls die Rechtswohlthat zu gewähren Die dritte Abänderung wäre die Weglassung der von Herrn Prof. Zucker beantragten Worte: „in besonders rücksichtswürdigen Fällen.“ Unser Richterstand wird dem neuen Institut ohnehin feindlich genug gegenüberstehen; das Wort: kann, beschränkt auch bereits den Aufschub auf rücksichtswürdige Fälle. Wenn dies dann noch ausdrücklich gesagt und sogar besondere Rücksichtswürdigkeit verlangt wird, so hat man die Rechtswohlthat von vorneherein begraben. Eine vierte Unzukömmlichkeit liegt nicht in der Bestimmung selbst, sondern darin, dass das Bereich der Vergehen im Entwurfe zu weit

gezogen ist, so dass schon die einfache Beschimpfung als Vergehen gilt.

VIII. Entlassung auf Widerruf (§§ 19—23).

Die Entlassung auf Widerruf könnte gegenüber dem Strafaufschub als Gattungsinstitut bezeichnet werden, denn Strafaufschub ist im Grunde Entlassung vor Antritt der Strafe; nur dass im letzteren Falle die verlangte Vertrauensrechtfertigung genau bezeichnet ist. Die Bestimmungen der §§ 19 ff. sind gut; dass die derzeitigen socialen Einrichtungen, um entlassenen Sträflingen ein ehrliches Fortkommen zu ermöglichen, ungenügend sind, und die Entlassenen oft ohne ihre Schuld durch aufgezwungene Arbeitslosigkeit in das Gefängnis zurückwandern, muss durch andere Mittel als das Strafgesetz gebessert werden. Nur der im § 19 absolut vorgeschriebene Zeitraum eines Jahres, welchen der Sträfling in der Haft zugebracht haben muss, um entlassen werden zu können, ist zu hoch gegriffen. 3 Monate sind genug. Warum soll der zu 6 Monaten Verurtheilte, welcher sofort den Strafaufschub hätte erhalten können, der vorläufigen Entlassung verlustig sein? Ganz kurz, so dass sie jeden Strafeffect verliert, ist eine dreimonatliche Einsperrung nicht mehr. Auch ist es ein grosser Unterschied, ob Jemand zu einer kurzen Freiheitsstrafe verurtheilt ist, so dass er, möge er sich benehmen wie er wolle, nach Verlauf kurzer Zeit entlassen werden muss, oder ob er den letzten Theil einer längeren Strafe blos vorläufig, auf Widerruf und Dank seines guten Verhaltens, frei zubringen kann. Die psychische Wirkung der Strafe dauert dann in der Regel fort.

Sehr bedenklich ist § 21, welcher der Sicherheitsbehörde provisorisch ein Recht einräumt, welches definitiv (gemäss § 23) nur der Justizminister hat. Die Frage, ob der Entlassene das in ihn gesetzte Vertrauen gerechtfertigt hat, ist in dieser Form viel zu unbestimmt, um der Sicherheitsbehörde zur vorläufigen Beantwortung übergeben zu werden. Vergeht sich der Entlassene gegen die öffentliche Ordnung, so hat ihn die Polizei zu behandeln wie jeden Andern. Sie hat nur sofort zu berichten. Die Verwahrung bis zur Entscheidung des Justizministers ist eine Maassregel von unverantwortlicher Härte. Hat man den Mann 4—6 Wochen sitzen lassen, so wird der Justizminister entweder die Maassregel als nicht gerechtfertigt erklären — dann haben wir ein sichtbares Beispiel von Polizeijustiz — oder, was noch mehr zu befürchten ist, er wird, um die Sicherheitsbehörde nicht bloszustellen, die Entlassung widerrufen. In beiden Fällen büsst der Entlassene für den Fehler der Sicherheitsbehörde. § 177 StPO. und das Landstreichergesetz räumen der Sicherheitsbehörde so viele Rechte ein, dass für § 21 kein Platz mehr ist; er wäre gänzlich zu streichen. Der Vorbehalt der Entscheidung über die vorläufige Entlassung und deren Widerruf für den Justizminister ist für den Anfang eine berechtigte Vorsichtsmaassregel.

(Fortsetzung folgt.)

Literarische Notizen.[1]

Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts von Dr. Paul Grützmann. I. Band: Allgemeine Lehren und Sachenrecht. II. Band: Recht der Forderungen, Familienrecht, Erbschaftsrecht. Leipzig. Breitkopf & Härtel 1887. 1889.

Wie die Dinge heute stehen, dürfte das Deutsche Volk noch manches Jahr auf die Herstellung eines Civilgesetzbuchs für das Reich zu warten haben. Die inzwischen auf die Darstellung der Particularrechte verwendete Arbeit kann daher noch lange nicht als eine nutzlose angesehen werden. Die vorliegende Bearbeitung des Sächsischen Privatrechts ist aber nicht blos eine in hohem Grade nützliche, weil einem allgemeineren Bedürfnis entgegen kommende, sie ist auch als eine durchaus gelungene zu bezeichnen. Auf das rein Dogmatische und dasjenige sich beschränkend, worin das Sächsiche Recht vom gemeinen abweicht, stellt uns das Werk in mässigen zwei Bänden im Rahmen eines leicht übersichtlichen Systems die Eigenheiten des Sächsischen Privatrechts in einer Weise dar, dass nicht blos der Studierende über den gesammten Rechtsstoff einen klaren Ueberblick gewinnen, sondern auch der Praktiker sich über gar manchen Punkt darin Rats erholen kann. Auch dem Juristen in Oesterreich, dessen Recht mit dem Sächsischen so innig verwandt ist, wird das vorliegende Werk sowohl in didaktischer, wie in praktischer Hinsicht nicht geringen Nutzen gewähren.

Deutsche Reichs-Concursordnung, erläutert von Dr. G. v. Wilmowski, Geheimer Justizrat. Vierte verbesserte Auflage. 1. und 2. Lieferung. Berlin 1889. Franz Vahlen.

Die vierte Auflage dieses anerkannt vorzüglichen Commentars unterscheidet sich von der 1885 erschienenen und in dieser Zeitschr. Bd. IV S. 20 angezeigten dritten wesentlich durch die Aufnahme der inzwischen beträchtlich angewachsenen concursrechtlichen Literatur und die Berücksichtigung der umfangreichen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bei der herrschenden Stellung, welche sich dieses treffliche Werk vermöge seiner inneren Vorzüge und namentlich seiner sowohl den wissenschaftlichen Anforderungen, wie den Bedürfnissen der Anwendung in gleich vollem Maasse Rechnung tragenden, und trotz des Eingehens in alle wichtigen Einzelfragen, überaus klaren Darstellungsweise in der Deutschen Praxis errungen hat, ist demselben auch in Oesterreich, dessen Concursrecht eine Bearbeitung dieser Art bisher noch nicht gefunden hat, und dessen Anfechtungsgesetz im Grossen und Ganzen mit dem dritten Thei der Deutschen ConcO. übereinstimmt, die vollste Beachtung zuzuwenden.

Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts. Von Friedr. Schulin, Professor in Basel. Stuttgart. Ferdinand Enke. 1889.

Die Aufgabe, die Entwicklungsgeschichte des gesammten Römischen Rechts, des öffentlichen wie des Privatrechts und des Processrechts, in einem handlichen Lehrbuche zur Darstellung zu bringen, ist dem Verfasser in vorzüglicher Weise gelungen. Das Werk theilt sich in drei Bücher, von denen das erste das Jus

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

publicum in vier Capiteln: 1. Land und Leute, 2. die Organe des Römischen Staats, 3. das Recht und 4. das Unrecht, — das zweite das Jus privatum in drei Capiteln: 1. Personen- und Familienrecht, 2. Vermögensrecht und 3. Erbrecht, — das dritte endlich den Ordo judiciorum in sechs der Darstellung des Criminal- und des Civilprocesses gewidmeten Capiteln behandelt. Selbstverständlich konnte sich der Verfasser, indem er den Zweck des Lehrbuchs im Auge behielt, in die Ausführung von Einzelheiten nicht einlassen. Was er aber gewollt, ist ihm in vollem Maasse gelungen. Sein Werk bietet uns nicht nur einen klaren Ueberblick über den Entwicklungsgang des Römischen Rechts, sondern gewährt uns auch einen Einblick in den Werdeprocess desselben und setzt uns in den Stand, sowohl die Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitutionen wie der Rechtsordnung im Ganzen durch alle ihre Phasen zu verfolgen. Den Studierenden ist dieses treffliche Lehrbuch nicht genug zu empfehlen.

Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Dr. A. Merkel, Professor in Strassburg i. E. Stuttgart. Ferdinand Enke. 1889.

Gewiss besteht den umfassenden und eingehenden Darstellungen des Strafrechts gegenüber das Bedürfnis und das Interesse nach einem Lehrbuch, welches, auf den wesentlichen Inhalt des Strafrechts sich beschränkend und die Grundgedanken desselben in knappere Form zusammenfassend, dem Studierenden die Möglichkeit bietet, den gesammten Rechtsstoff in sich aufzunehmen, ohne sich mit erdrückenden Einzelheiten zu überladen. Diesem Bedürfnisse kommt das vorliegende Lehrbuch in überaus befriedigender Weise entgegen. Gleich weit entfernt von jener Flüchtigkeit, wie sie kurzgefassten Lehrbüchern ausgedehnter Disciplinen anzuhaften pflegt, wie von breitspuriger Ausführlichkeit, bringt es den essentiellen Inhalt des Strafrechts, organisch gegliedert, in engem Rahmen zur Darstellung in jener trefflichen und ausgezeichneten Weise, die wir an Merkel gewöhnt sind. Den Studirenden wird dieses Lehrbuch von doppeltem Nutzen sein; es wird sie in das ausgedehnte Gebiet des Strafrechts einführen und ihnen gestatten, dasselbe nach allen Richtungen klar zu überblicken; es wird ihnen aber auch nach beendetem Studium ermöglichen, in den grossen Wissensvorrat, den sie sich angeeignet haben, Ordnung und System zu bringen und so den Rechtsstoff dauernd zu beherrschen. Das Lehrbuch ist auch den österreichischen Juristen dringend zu empfehlen.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

339.

Besitz des Sequesters: Anspruch des Letzteren auf Besitzesschutz.

Vgl. Bd. VI Nr. 390.

(E. 25. April 1889, Z. 4340. — GZ. 26.)

In einem Besitzstörungsstreit des B wider C und D war A zum einstweiligen Sequester des Streitgegenstands (mehrerer zum Landgute X gehörigen Grundstücke) bestellt worden. Als solcher erhob er wider C die Besitzstörungsklage, weil dieser ein von ihm, dem Sequester, umgeackertes Grundstück eigenmächtig bebaute. Dieser in den Vorinstanzen unter Verneinung des Besitzes des Sequesters abgewiesenen Klage wurde vom OGH. stattgegeben. Gründe: Nachdem Kl. in den sequestratorischen Besitz des strittigen Grundstücks thatsächlich eingeführt wurde und auch wirklich Besitzacte bereits im Herbste 1887 daselbst ausübte, so war es angezeigt, über die Klage des Sequesters von Amtswegen die weitere Vorkehrung zu treffen, dass die gerichtliche Bestellung des Sequesters und die erfolgte Einführung desselben in den Besitz gehörig gewahrt werden. Umsomehr aber war der vorläufigen gerichtlichen Vorkehrung Rechnung zu tragen, als über die Klage des Sequesters das Provisorialverfahren eingeleitet und durchgeführt wurde, und es dargethan erscheint, dass der Bel. die vorläufige gerichtliche Vorkehrung offenbar verletzte und nebstdem der Räumungsauftrag v. 11. Jän. 1888, vom OLG. mit U. vom 21. März 1888 unbedingt aufrecht erhalten wurde, welches U. vom OGH. mit U. v. 12. Sept. 1888 bestätigt wurde. In Erwägung, dass bereits am 1. Juni 1887 die Güter X mit Einschluss des strittigen Grundstücks dem Ersteher in den Besitz übergeben wurden und in Erwägung, dass auch der sequestratorische Besitz des Kl. zu schützen sei, musste der Bel., der selbst eingestanden hat, dass er am 3. April 1888, um sein angeblich stärkeres Pachtbesitzrecht geltend zu machen, das mehrgedachte Grundstück mit Hafer besäete, als ein Störer des kl. Besitzes angesehen werden, zumal dieser letztere als der letzte factische Besitz gilt.

340.

Pfandprivilegium der Erwerbsteuer-Rückstände einer Schiffahrtsunternehmung an dem Schiffe.

(E. 18. Sept. 1888, Z. 10862.)

Unter Berufung auf die MVdg. v. 30. Mai 1853, Z. 16403 (welche die Bestimmung enthält: „Für die Erwerbsteuerbemessung bezüglich der Schiffahrtsunternehmungen ist vorzugsweise der durchschnittliche Capitalswert des Schiffs und das Verhältnis zwischen demselben und dem Ertrage zu berücksichtigen, nebstdem auch das Alter der Schiffe, ihre Tüchtigkeit, die Gattung der Geschäfte“, ferner: „Jedes Schiff ist im Sinne des Erwerbsteuergesetzes als eine eigene Unternehmung zu betrachten“), beanspruchte die Finanzprocuratur bei der Vertheilung

des Erlöses aus dem Seehandelsschiffe x das pfandrechtliche Vorzugsrecht für die von der Schiffahrtsunternehmung zu entrichtenden dreijährigen Erwerbsteuerrückstände. Der 1. R. gab diesem Begehren Folge in der Erwägung, dass das Aerar für den erwähnten Steuerrückstand auf das versteigerte Schiff das richterliche Pfandrecht erlangt hatte; dass diese Steuer im Sinne der cit. MVdg. mit Rücksicht auf den Tonnengehalt des Schiffs und dessen jährliche Ertragsfähigkeit bemessen wurde, daher als eine solche betrachtet werden muss, welche auf dem Schiffe unmittelbar haftet, da dieses Schiff mit seinen darauf befindlichen Gerätschaften hauptsächlich, und nicht so sehr die persönliche Thätigkeit des Schiffsführers, die Grundlage bildet, um die betreffende Schiffahrtsunternehmung ertragsfähig zu machen, und dass der in Rede stehenden Steuer demnach der Charakter einer Realsteuer zukommt, welcher nach Analogie des § 31 ConcO. bei der Vertheilung des Meistbots des executiv veräusserten Schiffs das Vorzugsrecht vor den übrigen Pfandrechtsgläubigern zuzuerkennen ist.

Das OLG. ordnete über Recurs des Pfandgläubigers R die Hinterlegung des angemeldeten Steuerbetrages bis zur Darthuung des angesprochenen Vorzugsrechts an, und wies die Finanzprocuratur an, zu diesem Zwecke gegen R eine Klage binnen 30 Tagen zu überreichen, in der Erwägung, dass von dem Pfandgläubiger R das Prioritätsrecht für den von dem Aerar angemeldeten pfandrechtlich sichergestellten dreijährigen Erwerbsteuerrückstand bestritten wird; dass über diese bestrittene Priorität nicht im Wege der gegenwärtigen Verhandlung mittelst Bescheid entschieden werden kann.

Der OGH. sellte den erstr. Bescheid wieder her in der Erwägung, dass die angemeldete Steuerrückstandsforderung auf dem Schiffe selbst haftet, zu dessen Last diese Steuer bemessen wurde und daher gesetzlich vorzugsweise von dessen Erlöse zu entrichten ist.

341.

Haftpflicht des Absenders einer ohne Wertdeclaration der Post übergebenen Wertsendung für den Abgang während des Transports.

Vgl. Bd. II Nr. 247; Bd. III Nr. 209 und oben S. 273.

(E. 18. Juni 1889, Z. 6900.)

A belangte den B auf Ersatz des Betrags von 139 fl. 50 kr., weil dieser ein Packet mit Schmuckgegenständen ohne Wertdeclaration mittelst der Post an ihn abgesendet hatte, der Inhalt des Packets jedoch vor der Ausfolgung an den Adressaten spoliiert worden war. Der erstr. abgewiesenen Klage wurde vom OLG. stattgegeben, aus den vom OGH. gebilligten Gründen: Die Aussagen der in dieser Rechtssache vernommenen Zeugen lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass die Beseitigung des Schmucks, welchen Gekl. dem Kl. zu senden übernommen hatte, nicht in dem Zeitpunkte von der Uebergabe der Sendung an deren Adressaten und bez. an H an gerechnet, hat erfolgen können, sondern dass selbe nur vor dieser Uebergabe hat stattfinden müssen. Dafür spricht der gemäss § 137 und 144 aGO. durch die übereinstimmenden Aussagen der betreffenden Zeugen erwiesene Umstand, dass H einerseits sozusagen augenblicklich, wie er die Sendung aus dem nur einige Schritte gegenüber von der Wohnung, in welcher sich Kl. damals aufhielt, befindlichen Postlocale, vor welchem zudem um diese Zeit Leute warteten, abzuholen ging, mit der Sendung zurückkam, und anderseits, dass er gleich darnach, wie ihm die Sendung auf der Post übergeben wurde, dort den vom Kl. wahrgenommenen Abgang des Schmucks meldete, so wie auch der fernere Umstand, dass Kl. unverweilt, nachdem H ihm die Sendung übergeben hat, selbe vor Zeugen öffnete und dort nichts vorfand. Demnach erscheint die Möglichkeit ausgeschlossen, dass die obangedeutete Beseitigung in der Zeit hat erfolgen können, in welcher die Sendung dem H von der Post übergeben wurde, bis dahin, wo letzterer die Sendung wieder dem Kl. übergab. Anderseits kann dem Beweise der Thatsache, dass der fragliche Schmuck in der Sendung, als Kl. selbe öffnete, sich nicht mehr vorfand, in keiner Weise der Umstand abträglich

sein, dass vorliegt, Kl. habe die Sendung den Rücken gegen die Zeugen gekehrt geöffnet, da die Zeugen währenddem, wenn auch abseits, so doch in seiner nächsten Nähe standen und hätten jedenfalls wahrnehmen müssen, dass sich bei Oeffnung der Sendung ausser deren Umhüllung in derselben noch etwas befunden hat. Wenn nun auch der Bel. im Hinblicke auf die Bestimmung des § 429 bGb. schon durch die Uebergabe des Schmucks zur Post zum Behufe der Absendung an den Kl. seiner Pflicht, die von ihm übernommene Sache des Kl. an denselben zu übergeben, nachgekommen ist. so ist es aufliegend, dass er dessenungeachtet dem Kl. jenen Schaden, welchen er ihm bei diesem Anlasse aus eigenem Verschulden und insbesondere durch Ausserachtlassung der notwendigen Aufmerksamkeit bei Verpackung der abzusendenden Sachen und deren Bezeichnung, namentlich was die Wertangabe betrifft, veranlasst hat, zu ersetzen verpflichtet ist (§§ 1012, 1295 u. 1297 bGb.). Dabei kommen die nur auf die Haftung des Postärars den Parteien gegenüber sich beziehenden besonderen Bestimmungen weiter nicht in Betracht, vielmehr sind nur die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften vorliegend allein maassgebend. Desshalb kann sich Gekl. mit Erfolg nicht darauf berufen, dass er schon dadurch, dass Kl. die Sendung ohne Anstand von der Post übernahm, von der Ersatzpflicht dem Kl. gegenüber befreit wurde, wie nicht minder, dass der Kl. bei dieser Sachlage auch dann nicht von dem Postärar einen Ersatz in Anspruch hätte nehmen können, wenn Gekl., wie es doch der gewöhnliche Grad des Fleisses und der Aufmerksamkeit, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann, eben mit Rücksicht auf die durch obige besondere Bestimmungen normierte beschränkte Haftungspflicht des Postärars, sowie mit Rücksicht auf die bei Postsendungen beobachtete, bei Wertsendungen und gewöhnlichen Frachten eben verschiedene Manipulation erforderte, auch den Wert der gesendeten Sachen angegeben hätte. Vielmehr muss darauf hingewiesen werden, dass mit Rücksicht auf die eben nun hervorgehobene Manipulation bei Postsendungen in dem Falle, wenn Gekl. die Sendung mit dem ihm anlässlich der Auslösung der um den Betrag von 100 fl. verpfändet gewesenen Schmucksachen bekannt gewordenen Werte angegeben hätte, in welchem Falle der Gekl. dann jedenfalls auch noch die auf die sorgfältigere Verpackung solcher Wertsendungen sich beziehenden Postvorschriften hätte genau beobachten müssen, der Verlust der der Postanstalt zur Versendung übergebenen Wertsachen, wenn nicht gänzlich unmöglich geworden wäre, so doch voraussichtlich hätte vermieden werden können. Diese Unterlassung der anlässlich der Absendung des Schmucks gebotenen Vorsichten begründet eben die Ersatzpflicht des Gekl. dem Kl. gegenüber, und nachdem Letzterer, wie schon oben dargethan, nachgewiesen hat, dass er den Schmuck nicht erhalten und sonach einen Schaden wirklich erlitten hat, und nachdem auch in betreff der Höhe dieses Schadens, weil Gekl. den vom Kl. behaupteten Kaufwert der betreffenden Gegenstände im Ganzen per 160 fl. zugestanden und bez. nicht in Abrede gestellt hat, kein Zweifel obwaltet, ist der Anspruch des Kl. auf den Ersatz eines Schadens im Betrage von 139 fl. 50 kr., auf welchen das Klagebegehren gemindert wurde, vollkommen begründet.

342.

1. Unanfechtbarkeit der anderweiten Veräusserung einer bereits verkauften und noch nicht übergebenen Liegenschaft wegen der Kenntnis des späteren Erwerbers von dem früheren Verkaufe.* — 2. Legitimation des ersten Käufers zur Anfechtung der späteren Veräusserung als einer Scheinhandlung? — 3. Unanwendbarkeit des Anfechtungsgesetzes auf die Anfechtung der zweiten Veräusserung.

* Vgl. oben Nr. 130.

(E. 17. Mai 1889, Z. 4277. — II. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 469.)

Im J. 1884 hatte die A von den Eheleuten B die Hälfte eines Hauses um 410 fl. angekauft, den Theibetrag per 190 fl. gezahlt und als die Eheleute B den Kaufvertrag nicht zuhielten, das U. vom 31. Juli 1887 erwirkt, mit welchem

dieselben schuldig erkannt wurden, obigen Kaufvertrag zu erfüllen. Noch vor Fällung dieses U., nemlich mit Vertrag v. 31. Mai 1887, verkauften die Eheleute B dieses Haus an ihre Mutter, bez. Schwiegermutter C. Mit Klage v. 23. Oct. 1887 ficht nun die A sowohl den Eheleuten B als auch der C gegenüber den Kaufvertrag v. 31. Mai 1887 als ungiltig, bez. unwirksam an, weil er nur zum Scheine errichtet worden ist, weil die sonst vermögenslosen Eheleute B das Haus veräussert haben, um die begehrte Erfüllung des früheren Kaufvertrags zu vereiteln; weil sie die Rückgabe des von der Kl. bereits gezahlten Theilbetrags von 190 fl. verweigern und weil der C, nunmehr bücherlichen Eigentümerin des fraglichen Hauses, bekannt war, dass Kl. eine Hälfte desselben schon früher gekauft hatte.

Der 1. R. gab in Würdigung der von der Kl. angeführten und als bewiesen angenommenen Behauptungen dem Klagebegehren statt.

Das OLG. wies dagegen das Klagebegehren aus nachstehenden Gründen ab: Die Klage ist nach jeder Richtung hin unbegründet. Sofern die Kl. die Giltigkeit des Vertrags anficht, weil derselbe blos zum Scheine geschlossen worden wäre, ist dieselbe zur Klageführung aus diesem Grunde nicht berechtigt; denn ein derartiger Grund berechtigt nur die vertragschliessenden Parteien, die Giltigkeit des Vertrags zu bestreiten. Die Unwirksamkeit des Kaufvertrags strebt die Kl. unter Anrufung des § 30, Z. 1, bez. Z. 4 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 36) an. Allein in dieser Richtung ist die Klage verfehlt; denn nach dem cit. Ges. ist der Zweck der Anfechtungsklage die Befriedigung oder Bezahlung des anfechtenden Gläubigers und nur diesem gegenüber ist die Rechtshandlung des Schuldners für unwirksam zu betrachten. Kl. ist aber keinesfalls Gläubigerin der gekl. Eheleute B und sie hat gegen die Letzteren bis nun keine Forderung, die sie im Executionswege eintreiben könnte, sie strebt blos die Einverleibung des Eigentumsrechts auf die Hälfte des fraglichen Hauses an, weil sie dieselbe früher schon gekauft hat. Die Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes sind daher im vorliegenden Falle nicht vorhanden und die Klage war abzuweisen.

Die o. g. E. fand der OGH. zu bestätigen, wobei Nachstehendes erwogen wurde: Nach § 32 AG. steht das Recht der Anfechtung von Rechtshandlungen seines Schuldners nur jenem Gläubiger zu, dessen Forderung eine vollstreckbare ist, und zwar nur unter der Voraussetzung, dass die Execution in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, dass sie zu einer solchen nicht führen würde. Daraus folgt, dass ein, wenngleich rechtskräftiges Urtheil, welches nur die Verpflichtung des Schuldners zu gewissen Handlungen oder Unterlassungen und nicht solche Leistungen zum Gegenstande hat, für welche aus dem Vermögen des Schuldners selbst und unmittelbar durch Executionsführung auf dasselbe die Befriedigung verlangt werden kann, zur Begründung des Anfechtungsrechts nicht ausreicht. Durch das dem Klagebegehren zugrundeliegende rechtskräftige U. v. 31. Juli 1887 wurden die gekl. Eheleute B lediglich verurtheilt, den mit der Kl. abgeschlossenen Kaufvertrag bezüglich der einen Hälfte des Hauses einzuhalten, der Kl. die Hälfte dieses Hauses zum Nutzgenusse zu übergeben und in die Einverleibung des Eigentumsrechts auf die Hälfte des Hauses für die Kl. einzuwilligen. Das der Kl. mit dem vorerwähnten U. gegen die Eheleute B rechtskräftig zugesprochene Recht ist aber keine solche vollstreckbare Forderung, für welche aus dem Vermögen der genannten Eheleute unmittelbar, durch Executionsführung in dasselbe, die Befriedigung erlangt werden könnte; demzufolge steht der Kl. aber auch das von ihr geltend gemachte Anfechtungsrecht nicht zu.

343.

Anerkennung einer Schuld seitens des Erben durch Zulassung der Aufnahme derselben in das Nachlassinventar. Unterbrechung der Verjährung durch eine solche Schuldanerkennung.

(E. 14. März 1889, Z. 1891.)

A belangte die B am 11. Sept. 1888 auf Zahlung von 900 fl., weil dieselbe als Universalerbin nach ihrer Mutter M ein dieser laut Schuldschein v.

1. April 1856 von A gegebenes Darlehen per 900 fl. im Abhandlungsprotokoll v. 27. März 1863 als Nachlasschuld einbekannt und auch sonst seit dem J. 1863 dem A gegenüber diese Schuld wiederholt anerkannt hatte. Der 1. R. verwarf die von B geltend gemachte Einrede der Verjährung und gab der Klage des A unbedingt statt. Das OLG. erkannte auf Abweisung der Klage, wenn B die seit 1863 erfolgte Anerkennung der Schuld eidlich verneint. Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her aus Gründen: Insoferne die Revisionsbeschwerde des Kl. sich dagegen richtet, dass seinem Klagebegehren nicht unbedingt stattgegeben, sondern der Rechtsbestand desselben in Betreff der Capitalsschuld und der hievon seit drei Jahren, vom Klagszustellungstage zurückgerechnet, rückständigen Interessen erst noch von dem Beweise darüber abhängig gemacht worden ist, dass die Gekl. nicht blos nach der Verlassenschaftsabhandlung nach ihrer Mutter, als der ursprünglichen Schuldnerin, dem Kl. erklärt habe, dass sie die auf den Schuldschein v. 1. April 1856 sich gründende Schuld als Nachlasspassivum angegeben habe, sondern auch dem Kl. ausdrücklich erklärt habe, dass sie ihm aus diesem Schuldscheine den Betrag von 900 fl. schulde, musste diese Beschwerde für eine gegründete erkannt werden, weil, wenngleich nicht zu verkennen ist, dass die vorgedachten unter Beweis gestellten Umstände vollkommen geeignet seien, die vom Kl. geltend gemachte Unterbrechung der von der Gekl. dem Klagebegehren entgegengesetzten Einwendung der Verjährung zu erweisen, es doch im gegebenen Falle eines weiteren Beweises für diese Unterbrechung der Verjährung nicht mehr bedarf. Durch das vorliegende und nicht bestrittene Protokoll über die am 27. März 1863 über den Nachlass der ursprünglichen Schuldnerin M aufgenommene Inventur ist gerichtsordnungsmässig erwiesen, dass bei jener Gelegenheit in diese Inventur unter Anderem auch die unversicherte Forderung des Kl. per 900 fl. sNG. als Schuld der Verlassenschaft aufgenommen worden ist. Wenn nun berücksichtigt wird, dass die Gekl. bei jener Inventurserrichtung persönlich intervenierte, dass sie als testamentarische Alleinerbin der ursprünglichen Schuldnerin das unmittelbarste Interesse daran hatte, dass der Nachlass der Erblasserin in der Inventur richtig zur Darstellung gelange; wenn berücksichtigt wird, dass der Gekl. nicht entgangen sein konnte, dass dem mit der Inventursaufnahme betrauten Gerichtsabgeordneten daran gelegen sein musste, über den Stand des Nachlasses die volle Wahrheit zu erfahren; wenn berücksichtigt wird, dass bei jener Gelegenheit die gegenständliche Schuld des Nachlasses, wie dies daraus sich ergiebt, dass sogar das Agio dieser in Silber contrahierten Schuld und der hievon aushaftende Zinsenrückstand berechnet und festgestellt wurde, umständlich besprochen worden sein musste; und wenn endlich berücksichtigt wird, dass die Gekl. demungeachtet keinen Anlass fand, gegen den aufrechten Bestand dieser Schuld auch nur das geringste Bedenken anzuregen und eine Einwendung dagegen zu erheben, so muss hierin wohl eine solche concludente Handlung der Gekl. im Sinne des § 863 bGb. erkannt werden, welche keine andere Auslegung zulässt, als dass die Gekl. bei jener Gelegenheit über die Richtigkeit der mit dem Schuldscheine vom 1. April 1856 verbrieften Schuld selbst keinerlei Zweifel hegte und dieselbe als aufrecht bestehend anerkennen wollte. Hat aber die Gekl. damit das Recht des Kl. anerkannt, so wurde schon hiedurch die Verjährung unterbrochen, da es durchaus nicht erforderlich ist, dass diese Anerkennung dem Gläubiger selbst gegenüber erfolgte, es vielmehr genügt, wenn diese Anerkennung in solcher Art und Weise vor sich gieng, dass der Kl. hievon Kenntnis erlangen konnte. Die vom OLG. sententionierten Eide erscheinen daher für den Ausspruch über den rechtlichen Bestand des auf Zahlung des schuldigen Capitals sammt den hievon seit drei Jahren vom Klagszustellungstage zurückgerechneten aushaftenden Zinsen gerichteten Theils des Klagebegehrens völlig überflüssig und war daher in diesem Theile das die Kl. unbedingt zur Zahlung verhaltende erstr. U. wiederherzustellen.

344.

Anfechtung einer Schuldanerkennung des Gemeinschuldners gegen einen Verwandten mittels Einrede gegen die Klage. Benachtheiligung der Gläubiger durch eine Schuldanerkennung. Beweis der Unkenntnis der Benachtheiligungsabsicht.

(E. 16. Mai 1889, Z. 4456 — I. Senat. — Beil. z. JMVgdsbl. 468.)

Ueber das Vermögen des A wurde am 1. Juni der Concurs eröffnet. Auf Grund des intabulierten Schuldscheins v. 5. Mai 1886 stellte B gegen die Concursmasse des A das Begehren auf Liquidhaltung der Forderung von 800 fl. s. A. In dem Schuldschein bekennen A und seine Gattin, dass sie dem B theils aus baar zugezählten Darlehen, theils an Liedlohn und für abgenommenes Holz den verrechneten Betrag von 800 fl. aufrecht schulden, verpflichten sich zur ungetheilten Hand, diesen Betrag als Darlehen rückzuzahlen und bestellen hiefür bestimmte Grundstücke als Hypothek. Der CMVerwalter lieferte durch Vorlegung des Trauscheins den Nachweis, dass der Kl. ein Schwiegersohn des Gemeinschuldners A sei und wendete im Sinne des § 3 ad Z. 4 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 36) ein, dass der mit dem Schuldscheine ddo. 5. Mai 1886 beurkundete Anerkennungsvertrag der Concursmasse gegenüber rechtsunwirksam sei. Der 1. R. erkannte nach dem Klagebegehren. In den Gründen wird gesagt: Nach § 3, Abs. 4 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 36) haben zu beweisen: der Anfechtende. „dass durch den Abschluss des Vertrags die Gläubiger des Gemeinschuldners benachtheiligt werden“ und Jener, dessen Forderung angefochten wird, „dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses die Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war“. In ersterer Richtung muss in Betracht gezogen werden, dass für die Forderung des Kl. eine Hypothek bestellt ist, deren Erlös gemäss § 171 CO. zur Deckung des Pfandgläubigers bestimmt ist; die Concursmasse hat nur jene Quote zu tragen, welche auf den durch das Pfand nicht gedeckten Forderungsrest entfällt. Der CMVerwalter hat aber nicht erwiesen, dass die angef. Forderung des Kl. aus dem Erlöse der verpfändeten Realitäten des Cridatars auf keine Weise zur Zahlung gelangen könne, dagegen hat Kl. durch Zeugen erwiesen, dass A und seine Ehegattin noch im Jahre 1885 und selbst bis zum Mai 1886 als bemittelte und gut situierte Leute allgemein bekannt waren und im Jahre 1885 Meliorationen auf ihrem Grundbesitze ausgeführt haben. Hiezu kommt noch folgende Erwägung: Die vom Kl. producierte Schuldurkunde des A ist mit allen in den §§ 26, 27, 32 des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 95) vorgeschriebenen Erfordernissen versehen und macht gemäss § 113 aGO. und dem Pat. v. 1. März 1787 (JGS. 636) wider den Aussteller Beweis. Wenn der CMVerwalter dagegen behauptet, dass der Rechtsgrund des Schuldscheins ein fingierter sei, so genügt zum Beweise dessen nicht, dass er das Factum des zugezählten Darlehens, des Creditierens des Kaufpreises für Bauholz und der stattgefundenen Verrechnung einfach negiert; er hätte vielmehr solche Thatsachen und Umstände anführen und beweisen müssen, aus denen der Schluss gezogen werden könnte, dass die Ausstellung des Schuldscheins wirklich nur zum Scheine erfolgte.

Ueber Appellation des CMVerwalters wurde das Klagebegehren abgewiesen; im Wesentlichen aus nachstehenden Gründen: Der Kl. hätte zunächst beweisen müssen, dass durch den Vertragsabschluss vom 5. Mai 1886 eine Benachtheiligung der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht entstehen konnte; diesen Beweis hat er weder angeboten, noch geliefert. Es lag ihm daher ob, den nach § 3, Z. 4 AG. geforderten weiteren Beweis zu erbringen, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses die Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war; aber auch diesen Beweis hat der Kl. nicht erbracht. Denn wenn auch die Zeugen bestätigt haben, dass A und seine Gattin im Jahre 1885 und selbst noch bis Mai 1886 als bemittelte und gut situierte Leute bekannt waren und Meliorationen auf ihrem Grunde vornahmen, so kann hieraus weder auf den Mangel der Absicht des A, bei Ausstellung der Vertragsurkunde seine Gläubiger durch Zuwendung des Betrags von 800 fl. an seinen Schwiegersohn zu benachtheiligen, noch auf die Unkenntnis desselben von solcher Absicht geschlossen

werden. Die von dem Kl. aufgestellte Behauptung, dass A ihm gegenüber weder ausdrücklich noch stillschweigend die Absicht geäussert habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen, ist nach dem Vorausgesagten belanglos und daher auch die darüber angebotene Beweisführung nach § 48 des bezogenen Gesetzes unstatthaft; da demnach der Kl. den in § 3 ad 4 dieses Gesetzes geforderten Beweis nicht erbracht hat, so ist die von dem CMVerwalter eingewendete Anfechtung des Klageanspruchs begründet.

Der OGH. hat das U. des OLG. bestätigt. In den Gründen wird insbesondere hervorgehoben, dass es nicht angehe, in diesem Rechtsstreite den Anerkennungsvertrag vom 5. Mai 1886 zu verlassen und in die Zerlegung der Forderung in ihre einzelnen erst mittels der Replik ziffermässig geltend gemachten, der Anmeldung im Concurse nicht unterzogenen Bestandtheile einzugehen. Für die Anfechtung des Anerkennungsvertrags sind aber die Erfordernisse des AG. § 3, Z. 4 allerdings vorhanden; weil diese Anerkennung in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Concurses stattgefunden hat, weil die Benachtheiligung der Gläubiger schon in dem Hinzukommen dieser neuen Forderung gelegen ist, indem auf die früheren angeblichen Forderungen des Kl. wider den Gemeinschuldner in diesem Rechtsstreite nicht zurückgegriffen werden kann, weil die Frage, ob und in welchem Maasse die Forderung des Kl. bei den Pfandgütern zur Befriedigung gelangen wird, nebensächlich erscheint, indem der durch die bücherlichen Forderungen nicht erschöpfte Erlös der Liegenschaften der allgemeinen Masse zufällt und weil der Kl. als Schwiegersohn des Gemeinschuldners nicht bewiesen hat, dass ihm zur Zeit des Anerkennungsvertrags, also 26 Tage vor der Concurseröffnung, eine Absicht des Schwiegervaters, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.

345.

1. Anspruch der Tochter, nicht aber ihres Mannes auf Bestellung eines Heiratsguts nach geschlossener Ehe. — 2. Geltendmachung dieses Anspruchs im ausserstreitigen Verfahren.

(E. 27. März 1889, Z. 3409.)

Das Gesuch der Eheleute A und C wider die Eheleute B, die Eltern der A, um Verhaltung der Letzteren zur Bestellung eines angemmessenen Heiratsguts wurde vom 1. R. abgewiesen. Das OLG. bestätigte die Abweisung rücksichtlich des C, gab aber dem Begehren der A statt, indem es die Eheleute B zur Bestellung eines Heiratsguts von 150 fl. verhielt. Gründe: Nach § 1220 bGb. sind in dem Falle, wenn die Braut kein eigenes zu einem angemessenen Heiratsgute hinlängliches Vermögen besitzt, die Eltern oder Grosseltern derselben nach der Ordnung, als sie die Kinder zu ernähren und zu versorgen verpflichtet sind, verbunden, ihr bei ihrer Verehelichung ein ihrem Stande und Vermögen angemessenes Heiratsgut zu geben oder dazu beizutragen; es bildet somit die Bestellung des Heiratsguts von Seite der Eltern und Grosseltern für die Tochter und resp. Enkelin einen Ausfluss der ihnen gesetzlich obliegenden Ernährungs- und Versorgungspflicht, der sie sich ohne gesetzlichen Grund nicht entziehen können. Hat sich jedoch der Ehemann vor geschlossener Ehe ein Heiratsgut nicht bedungen, so ist er gemäss § 1225 bGb. auch nicht berechtigt, ein solches nachträglich zu fordern. Ein solches „Ausbedingen“ des Heiratsguts seitens des Ehemanns kann aber nur durch einen Vertrag im Sinne des § 1217 bGb. stattfinden, wozu nach § 1a des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) ein Notariatsact erforderlich ist. Nachdem nun bei Verehelichung der A mit ihrem derzeitigen Ehegatten C keine Ehepacte geschlossen und daher auch kein Notariatsact errichtet worden ist, so erscheint der Letztere derzeit, nachdem die Ehe bereits im Jahre 1883 geschlossen worden ist, nicht mehr berechtigt, ein Heiratsgut nachträglich zu verlangen und ist die Zurückweisung seines Ansuchens um gerichtliche Festsetzung des Heiratsguts aus dem Vermögen der Eltern seiner Gattin rücksichtlich seiner Person begründet. Diese Berechtigung kann aber der A nicht abgesprochen werden und erscheint die Ansicht des 1. R., dass auch die Tochter das Heiratsgut nur als Braut, somit vor ihrer Verehelichung fordern könne, dass sie aber nach ihrer Verehelichung hiezu nicht mehr berechtigt sei, nicht begründet. Denn schon § 1220 bGb. bestimmt,

dass die Eltern und Grosseltern verbunden sind, den Töchtern und Enkelinen das Heiratsgut bei deren Verehelichung, somit anlässlich ihrer Verehelichung zu geben, und bestimmt kein Gesetz, wie es rücksichtlich des Ehemanns im § 1225 bGb. der Fall ist, dass dieses Heiratsgut für die Töchter und resp. Enkelinen schon vor geschlossener Ehe bedungen oder gerichtlich festgesetzt werden müsse. Im Gegentheile ist aus der Bestimmung des § 1222 bGb. zu folgern, dass in dem Falle, wenn sich eine Tochter gegen den Willen der Eltern verehelicht hat, das Gericht aber die Ursache der Missbilligung der Ehe seitens der Eltern nicht gegründet findet, Letztere dennoch verpflichtet sind, der bereits verehelichten Tochter ein Heiratsgut zu geben. Umsomehr muss es also der Fall sein, wenn die Tochter mit Wissen und Einwilligung der Eltern die Ehe eingieng und sie das Heiratsgut vielleicht nur aus Zartgefühl gegenüber den Eltern nicht vor der Ehe verlangt hat. Hiefür spricht auch der Zweck des Heiratsguts, nemlich die Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwands (§ 1218 bGb.), weil dieser Aufwand eben erst nach geschlossener Ehe und nach Eintritt der ehelichen Gesellschaft notwendig wird, so dass in dem Falle, wenn die beabsichtigte Ehe nicht geschlossen wird, auch ein bereits versprochenes Heiratsgut nicht verlangt werden kann. Dieser Auffassung steht die Bestimmung des § 1225 bGb., dass ein Ehemann nach geschlossener Ehe das Heiratsgut nicht fordern kann, wenn er sich vor der Ehe ein solches nicht ausbedungen hatte und dass das Heiratsgut zur Erleichterung des ihm als Ehegatten obliegenden Aufwands zu dienen hat, nicht entgegen, weil das Heiratsgut gemäss § 1229 bGb. nicht nur dem Ehegatten, sondern auch der Gattin zum Vortheile gereicht; es muss die Ehegattin somit auch nach geschlossener Ehe berechtigt sein, das Heiratsgut zu verlangen. Nachdem nun die Eltern der A selbst zugeben, dass diese bei ihrer Verehelichung mit C kein eigenes Vermögen besass; nachdem sie auch nicht behaupten, dass sie die Ehe gegen ihren Willen eingieng und nachdem sie weiter selbst zugeben, der Tochter anlässlich dieser Ehe ausser den Einrichtungsstücken und einem Wagen, welche wohl einen Bestandtheil des Heiratsguts zu bilden hatten, aus ihrem Vermögen kein Heiratsgut gegeben zu haben, aus den gepflogenen Erhebungen aber hervorgeht, dass sie wohl noch zwei unversorgte Kinder haben, aber eine Realität im Werte von mehr als 3000 fl. besitzen, so dass es ihnen trotz der Belastung ihres Vermögens immerhin möglich sein kann, auch ohne einen wesentlichen Nachtheil für sich und für die noch übrige Familie ihrer gesetzlichen Verpflichtung der Tochter gegenüber zu entsprechen, so musste sich das OLG. über Recurs der A gegen den erstr. Bescheid veranlasst finden, dieses Heiratsgut gemäss § 1221 bGb. zu bestimmen und wurde dasselbe unter Berücksichtigung der Vermögensumstände der Eltern und mit Rücksicht darauf, dass sie der Tochter bereits Einrichtungsstücke und einen Wagen gegeben haben, mit dem Betrage von 150 fl. als angemessen befunden.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus deren richtiger, dem Gesetze und der Actenlage entsprechender Begründung und in der Erwägung, dass es der A gar nicht möglich war, bei ihrer Verheiratung von dem Rechte des § 1221 bGb. Gebrauch zu machen, dass ihr der Vater ein bestimmtes Heiratsgut versprochen hat und sie mit dem Begehren um Verhaltung des Vaters zur Erfüllung seines Versprechens nur deshalb abgewiesen wurde, weil dasselbe nicht in der zu seiner Giltigkeit vorgeschriebenen Form abgegeben worden war.

346.

1. Ungiltigkeit der nicht notariell errichteten Ehepacte. — 2. Unstatthaftigkeit eines Anspruchs auf Rückstellung des Gegebenen aus ungiltigen Ehepacten.* — 3. Mangel der Beweiskraft der nicht vor einem Jahre vor der Concurseröffnung notariell ausgestellten Bestätigung über den früheren Empfang des Heiratsguts der Concursmasse gegenüber. — 4. Unzulässigkeit eines anderen Beweises als durch Notariatsact über die erfolgte Zuzählung des Heiratsguts.**

* Vgl. Bd. V Nr. 313. — ** Vgl. unten Nr. 347.

(E. 5. Oct. 1888, Z. 12975.)

Das OLG. bestätigte die erstr. Abweisung der Klage der A wider die Concursmasse ihres Ehegatten N auf Anerkennung der Liquidität ihrer bei dem Concurse

des N angemeldeten Dotalforderung per 8630 fl. Gründe: Das Begehren der Kl.: die Gekl. sei schuldig, die Liquidität ihrer zum Concurse ihres Gatten N angemeldeten, demselben im Jahre 1884 zugezählten und in den Ehepacten vom 9. Juli 1886 beurkundeten Heiratsgutsforderung per 8630 fl. anzuerkennen — hat nach §§ 1229, 1245 u. 1260 bGb. den der Kl. obliegenden Beweis der Thatsache zur Voraussetzung, dass dem N aus dem Vermögen der Kl. der Betrag von 8630 fl. als Heiratsgut übergeben worden sei. Dieser Beweis kann durch die Erklärung des N in den Ehepacten v. 9. Juli 1886, worin er bestätigt, von seiner Ehegattin die Summe von 8630 fl. als Heiratsgut erhalten zu haben, gegenüber der Concursmasse gemäss § 49 CO. nicht hergestellt werden, weil der Concurs über das Vermögen des N am 7. Jän. 1887 eröffnet wurde und seit Errichtung dieser Ehepacte bis zum Zeitpunkte der Eröffnung des Concurses ein Jahr nicht verstrichen ist. Durch die Aussage der Zeugen X und Y über die Ende Oct. 1884 thatsächlich erfolgte Zuzählung der Summe von 8630 fl. an N aus dem Vermögen der Kl. als Heiratsgut, und jene des Zeugen Z über die demselben gegenüber einige Monate vor dem 9. Juli 1886 von beiden Ehegatten abgegebene Erklärung der geschehenen Zuzählung des Heiratsguts und durch den über alle diese Umstände angebotenen Beweis durch Eid kann mit Bedacht auf das Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) der Beweis der Uebergabe des Heiratsguts nicht erbracht werden, da nach § 1 c dieses Gesetzes dieser Beweis nur durch einen Notariatsact geführt werden kann, daher andere Beweisarten ausgeschlossen erscheinen, über die Zuzählung und Uebergabe des Heiratsguts aber zugestandenermassen ein Notariatsact und überhaupt eine Urkunde nicht errichtet wurde. Ob die Kl. in diesem Zeitpunkte noch minderjährig oder schon eigenberechtigt war, ist unentscheidend, da das Ges. v. 25. Juli 1871 bezüglich minderjähriger Gatten keine Ausnahme festsetzt. Insoferne die Kl. in der Replik ihr Begehren darauf zurückführt, dass bei dem Wegfalle des Rechtsgrunds des Heiratsguts ihr Gatte den aus ihrem Vermögen empfangenen Betrag ohne Rechtsgrund in Händen habe, die Concursmasse daher aus dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 1431 bGb. zur Rückstellung des Empfangenen und somit auch zur Liquidierung der angesprochenen Forderung verpflichtet sei, so steht diesem Begehren die Vorschrift des § 49 aGO. wegen unzulässiger Aenderung des Rechtsgrunds der Klage und der Umstand entgegen, dass nach Ausweis der Anmeldung und des Liquidierungsprotokolls von der Kl. zum Concurse nur eine Heiratsgutsforderung per 8630 fl. angemeldet wurde, vorstehend daher nur über die Liquidität der Forderung aus diesem Titel entschieden werden kann.

Der OGH. billigte die o. g. E. Gründe: Wie die Kl. behauptet, ist Ende Oct. 1884, nachdem sie sich mit N schon verlobt hatte, demselben der Betrag von 8630 fl. als ihr Heiratsgut ausgefolgt worden. Da über dieses Rechtsgeschäft ein Notariatsact nicht aufgenommen wurde, ist dasselbe wegen Nichtbeobachtung der gesetzlich als notwendig vorgeschriebenen Form ungiltig [§ 1217 bGb. § 1 a, c des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76)]. Haben die Ehegatten A und N am 9. Juli 1886 Ehepacten in der vom Gesetze bestimmten Form errichtet und wird darin vom Gatten der Empfang des Betrags von 8630 fl. als Heiratsgut bestätigt, so wurde dadurch das vom Anfange an ungiltige, wegen absoluter Nichtigkeit rechtlich nicht bestehende Geschäft nicht giltig, sondern es ist ein ganz neues Geschäft vorhanden, welches erst von dem Zeitpunkte seines Abschlusses rechtliche Wirkungen hervorbringen kann. Demnach fragt es sich nur, ob die in den Ehepacten enthaltene Bestätigung des Gatten der Kl. über den Empfang des Heiratsguts auch seiner Concursmasse gegenüber nach § 49 CO. wirksam sei? Und da bei Errichtung der Ehepacten die Zuzählung des gedachten Betrags nicht erfolgte, erscheint von rechtlicher Bedeutung der Zeitpunkt, in welchem N die erwähnte Erklärung abgegeben. Nach diesen Erwägungen und im Hinblicke auf die weiteren Ausführungen in den Gründen des o. g. U. mangeln vorliegend die Voraussetzungen des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) zur Abänderung gleichförmiger Entscheidungen.

347.

Beweis durch den Haupteid über die erfolgte Zuzählung eines notariell zugesicherten Heiratsguts.

Vgl. oben Nr. 346.

(E. 4. April 1889, Z. 3396.)

R versprach mittels Notariatsacts am 28. Jan. 1885 dem A, Gatten seiner Tochter M, binnen drei Jahren ein Heiratsgut von 650 fl. zu bestellen. Bald starb die M und ihr Nachlass wurde ihrer Tochter, und nach deren Tode dem A eingeantwortet. Dieser erwirkte am 24. Mai 1888 ein Contumazurtheil, mit welchem dem R die Zahlung des Heiratsguts per 650 fl. an A aufgetragen wurde. R hatte jedoch mit notariellem Vertrag v. 25. März 1888 sein gesammtes Vermögen seiner Gattin B übertragen. Gegen diese erhob nun A die Anfechtungsklage mit dem Begehren, der Vertrag vom 25. März 1888 sei ungiltig, insoweit er seine 650 fl. betrifft. Dagegen wendete die B den Mangel der Schädigungsabsicht ein und ferner, dass A auf seine Totalforderung bereits 321 fl. erhalten habe. Der 1. R. gab dem Klagebegehren betreffs des Theilbetrags von 329 fl. unbedingt, betreffs des Restbetrags von 321 fl. nur dann statt, wenn Kl. den Haupteid dahin ablegt, es sei nicht wahr, dass er auf Rechnung des Heiratsguts seiner Ehegattin von R in Einzelbeträgen 321 fl. erhalten habe, und R, als freiwilliger Vertretungsleister, über die einzelnen Posten den Schätzungseid abschwöre. Gründe: Die Gekl. wendet ein, dass der Kl. auf Rechnung des Heiratsguts 321 fl. empfangen hat. Hierüber wurde dem Kl. der rückschiebbare Haupteid aufgetragen, den er angenommen hat, und hat sich R, als freiwilliger Vertretungsleister, erbötig gemacht, die einzelnen Posten schätzungsweise zu beeiden. Weil das Contumazurtheil vom 24. Mai 1888 nur das formelle Recht zwischen den Processparteien begründet und dem weiteren Nachweise des materiellen Bestands rücksichtlich Nichtbestands der Forderung zwischen den heutigen Processparteien nicht im Wege steht, so waren die angebotenen Beweise durch die Haupteide auch mit Rücksicht darauf zuzulassen, dass die Bestimmungen des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) der Beweisführung durch den Haupteid nicht im Wege stehen, durch welches nur bestimmt wird, dass die Giltigkeit der Bestätigung über den Empfang des Heiratsguts durch die Aufnahme des Notariatsacts bedingt wird, womit sich ganz gut vereinbaren lässt, dass der Beweis über eine Zahlungsleistung auf Rechnug des Heiratsguts auch auf andere Weise erbracht werden kann.

Das OLG. gab dem Klagebegehren unbedingt statt. Gründe: Der Kl., dessen Anfechtungsklage schon vor Ablauf eines halben Jahrs nach Errichtung des Kaufvertrags v. 21. März 1888 eingebracht wurde, hat die Vollstreckbarkeit seiner gegen R behaupteten Forderung per 650 fl. durch das rechtskräftige U. vom 24. Mai 1888 nachgewiesen, weiters aber auch ausser Zweifel gestellt, dass das erwähnte, zwischen R und seiner Gattin B abgeschlossene, theils entgeltliche, theils unentgeltliche Rechtsgeschäft an sich für ihn einen vermögensrechtlichen Nachtheil zur Folge hat, indem sein Schuldner laut Pfändungsrelation kein wie immer geartetes Vermögen mehr besitzt. Dass der Letztere die angef. Rechtshandlung offenbar in der Absicht vorgenommen hat, um den Kl. zu benachtheiligen, wurde bereits vom 1. R. sachgemäss dargelegt. Ebenso ist die Annahme der Mitwissenschaft von Seite der Gekl. begründet, wenn man erwägt, dass ihr die Rechtsbeziehungen, in welchen R zum Kl. gestanden ist, nicht leicht entgangen sein konnten. Es ist daher die Vermutung des § 30 Z. 4 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 36) als eingetreten anzusehen, welche dieselbe nur durch den Gegenbeweis, dass ihr von einer Schädigungsabsicht des R nichts bekannt war, beseitigen kann. Diesfalls beruft sie sich zwar darauf, dass der Kl. auf Rechnung des Heiratsguts per 650 fl. zusammen 321 fl. erhalten hat, worüber der Haupteid aufgetragen wurde. Dieser Eid stellt sich jedoch als unzulässig dar: denn obgleich der Gekl. der Beweis darüber vorbehalten ist, dass die durch U. v. 24. Mai 1888 dem R gegenüber richtiggestellte Forderung des Kl. in Ansehung des Theilbetrags per 321 fl. doch nicht bestehe, so muss die von der Gekl. behauptete, vom Gegentheile widersprochene Theilzahlung nach § 1 lit. c des Ges.

v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) durch einen über die Bestätigung des Empfangs aufgenommenen Notariatsact erwiesen und kann der Abgang eines solchen durch den Hauptein nicht ersetzt werden. Weil somit der geforderte Gegenbeweis nicht erbracht wurde und alle Bedingungen, welche nach § 30 Z. 1 u. 4 des vorbezogenen Gesetzes die Anfechtbarkeit des Kaufvertrags v. 25. März 1888 begründen, vorhanden sind, so erscheint das Klagebegehren in seinem vollen Umfange gesetzlich gerechtfertigt, wonach demselben über Appellation des Kl. in Abänderung des erstr. U. auch bezüglich der Theilforderung des Kl. per 321 fl. unbedingt stattzugeben war.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Wie schon in den Gründen zu dem o. g. U. bemerkt wird, ist dem Gekl. der Beweis darüber vorbehalten, dass die durch das U. v. 24. Mai 1888 dem R gegenüber richtiggestellte Forderung rücksichtlich des Theilbetrags von 321 fl. nicht zu Recht bestehe. Wie die Gekl. behauptet, erfolgte bereits die Zahlung dieses Betrags. In Frage steht demnach die stattgehabte theilweise Berichtigung der zum Nachlasse der Tochter des Kl. gehörigen Forderung. Und die behauptete Theilzahlung soll gegenüber dem Kl., welcher den Betrag von 650 fl. ursprünglich als Heiratsgut seiner Gattin anzusprechen hat, dargethan werden. Dieser Beweis kann aber nicht lediglich durch einen gemäss § 1 c des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) aufgenommenen Notariatsact geführt werden.

348.

Entwurf oder vollendetes Testament? Giltigkeit des theils mit Tinte, theils mit Bleistift geschriebenen, vielfach durchstrichenen und berichtigten und nicht datierten holographen Testaments.* — Unerheblichkeit des nicht ausgeführten Vorhabens des Erblassers, ein anderes Testament zu errichten.

* Vgl. Bd. I Nr. 518; Bd. III Nr. 49; Bd. VI Nr. 496.

(E. 21. März 1889, Z. 2570.)

Vom 1. R. wurde der Klage auf Ungiltigerklärung des Testaments stattgegeben. Das OLG. wies dieselbe ab aus folgenden Gründen: Das den Processacten in originali beigeschlossene, theils mit Tinte, theils mit Bleifeder geschriebene, von A. pens. Rechnungsofficial der k. k. Militärcentralbuchhaltung, unterfertigte, als Testament überschriebene, jedoch nicht datierte Schriftstück entspricht den Anforderungen für schriftliche letztwillige Erklärungen und muss als rechtsgiltige letztwillige Erklärung desselben angesehen werden. Im bGb., namentlich aber im neunten, die letztwilligen Willenserklärungen behandelnden Hauptstücke findet sich keine Bestimmung vor, welche dahin gehen würde, dass eine letztwillige Erklärung nur mit Tinte. und zwar durchwegs mit Tinte geschrieben sein müsste. Auch eine mit Bleifeder geschriebene letztwillige Erklärung ist ihrer äusseren Form nach giltig, wenn sie sonst mit jenen Erfordernissen versehen ist, welche das Gesetz als unerlässlich notwendig fordert. Wenn daher eine letztwillige Erklärung zum Theile mit Tinte und zum Theile mit Bleistift geschrieben ist, so ist dieselbe deshalb noch nicht rechtsungiltig, und lässt sich aus diesem Umstande allein noch nicht behaupten, dass ein solches Schriftstück ein blosser Entwurf sei. Wenn daher aus den Umständen und namentlich aus den Zeugenaussagen vermutet werden könnte, dass A erklärt habe, er wolle ein Testament machen, und dass derselbe die Urkunde E vorerst nur als einen Entwurf zu dem Testamente angesehen habe, so ist dieser Umstand ohne jede Bedeutung, weil A dieses Schriftstück bereits so verfasst und aufgesetzt hat. dass es mit den für eine schriftliche letztwillige Erklärung vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen war. Nach § 578 bGb. muss Derjenige, welcher schriftlich und ohne Zeugen testieren will, sein Testament oder Codicill eigenhändig schreiben und unterschreiben. Dass dies der Fall sei, bestätigt A am Schlusse dieser Urkunde, und hat selbe auch mit seinen vollen Namen und Charakter unterfertigt. Die Kl. behaupten wohl, dass diese letztwillige Erklärung von A nicht eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden sei, jedoch wenn die Gekl. auch als die Producenten der Urkunde nach § 104 aGO. die Echtheit

der Schrift und Unterschrift derselben zu beweisen hätten. so entfällt im vorliegenden Falle ein solcher Beweis, nachdem die Kl. im Laufe der Verlassenschaftsabhandlung nach A die Echtheit dieser Urkunde in keiner Weise angezweifelt haben, hiedurch also die Echtheit derselben gegen jeden weiteren Widerspruch von Seite der Kl. gesichert erscheint. Der einzige Mangel, den diese Urkunde aufweist, ist, dass sie nicht datiert ist. Da aber der § 578 bGb. die Datirung als kein wesentliches Erfordernis bezeichnet, und nach § 601 bGb. eine letztwillige Erklärung nur dann ungiltig ist, wenn ein vorgeschriebenes Erfordernis mangelt, so muss diese Urkunde auch als eine giltige letztwillige Erklärung angesehen werden.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. Gründe: Das angef. U. des OLG. ist durch die demselben beigefügte sach- und gesetzgemässe Begründung gerechtfertigt. Der Schlussatz des als Testament überschriebenen, unbestreitbar von dem Erblasser A eigenhändig geschriebenen Aufsatzes, lautend: „Zur Bekräftigung, dass dieses mein freier letzter Wille sei, habe ich diesen Aufsatz ganz eigenhändig geschrieben und unterschrieben", und die Beisetzung des vollen Namens und Charakters des Erblassers widerlegt vollständig die auf den Umstand, dass in dem Aufsatze zahlreiche Durchstreichungen und Correcturen vorkommen, gestützte Behauptung der Revisionswerber, dass dieser Aufsatz höchstens nur als ein Entwurf einer letzten Willenserklärung, nicht aber als eine wirkliche perfecte Willenserklärung aufgefasst werden könne und dass dem Erblasser nicht zuzumuten sei, dass er den Aufsatz als eine definitive Erklärung seines letzten Willens angesehen wissen wollte. Gerade die Correcturen zeugen davon, dass der Erblasser im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Ueberlegung und Ernst, frei von Zwang bei der Erklärung seines letzten Willen vorgegangen ist und denselben bestimmt zum Ausdruck gebracht hat. Nach § 721 bGb. können nur die durchstrichenen Stellen als vertilgt, sohin ungiltig erkannt werden, der stehen gelassene, der an Stelle des durchstrichenen neu eingefügte Inhalt muss aber dermal als definitive letztwillige Anordnung des Erblassers gelten, da er, ohne dieselbe in Gemässheit der Bestimmungen der § 713 bis 721 bGb. aufgehoben oder widerrufen zu haben, gestorben ist. Im Hinblick auf diese Gesetzstellen kommt die angeblich am Tage des Todes des Erblassers von demselben gegenüber der B gemachte, nur von dieser bezeugte Aeusserung: „Er fahre zum M, um sich mit ihm bezüglich des Testaments zu beraten, weil er ihn als Testamentsvollstrecker haben wollte" — und auch die zu M gemachte, gleichfalls nur von diesem bezeugte Aeusserung des Erblassers: „Er wolle sein Testament machen, M möge ihm dabei behilflich sein" — nicht in Betracht, und dies umsoweniger, als weder die eine, noch die andere Aeusserung entnehmen lässt, dass der Erblasser anders letztwillig zu verfügen vor hatte, als er es in dem in Rede stehenden, von ihm eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen, als seinen freien letzten Willen erklärten Aufsatze bereits gethan hatte, und nichts dazu berechtigt, anzunehmen, dass er diesen bereits erklärten letzten Willen widerrufen oder aufheben wollte. Der Mangel der Beisetzung des Tags und Jahrs, wann der in dem Aufsatze enthaltene letzte Wille errichtet worden ist, vermag im Hinblick auf die Bestimmung der §§ 578 und 601 bGb. die Ungiltigkeit dieser letzten Willenserklärung nicht zu begründen und würde nur in dem Falle eine Bedeutung erlangt haben, wenn sich noch ein anderes, damit in Widerspruch stehendes Codicill des Erblassers vorgefunden hätte.

349.

1. Ein Noterbe kann nicht zugleich sich aus dem Testamente erbserklären und den Pflichttheil in Anspruch nehmen. — 2. Verhältnis des § 808 zu § 774 bGb.

(E. 14. Mai 1889, Z. 5571. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgbl. 467.)

A hinterliess in seinem Testamente das ganze Vermögen zu gleichen Theilen der Witwe und den zwei Söhnen B und C; den Erbtheil des B belastete er aber durch den lebenslänglichen Fruchtgenuss zu Gunsten der Witwe und des

geisteskranken Sohnes C. Auf Grund dieser letztwilligen Anordnung erklärte sich B als Erbe nach seinem Vater; er verlangte jedoch unter Berufung auf § 774 bGb., dass der Fruchtgenuss seiner Mutter und seines Bruders C sich nur auf den Theil, welcher den Pflichttheil übersteigt, beziehe, so dass sein Pflichttheil frei bleibe und ihm unbelastet übergeben werde. Nachdem die Abhandlungsbehörde diese Erbserklärung als gesetzwidrig abgewiesen hatte, strengte B die Klage auf Ungiltigkeit der Beschränkung des Pflichttheils durch den den Gekl. letztwillig eingeräumten Fruchtgenuss an.

Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren aus nachstehenden Gründen ab: Kl. ist nicht befugt, den ihm mit Testament bestimmten Erbtheil und gleichzeitig das volle Recht auf den Pflichttheil zu beanspruchen; dem steht die Bestimmung des § 808 bGb. entgegen, wonach eine als Erbe eingesetzte Person, der auch ohne letzte Willenserklärung ein Erbrecht zusteht, entweder die Erbschaft aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz entsagen muss. Diese Bestimmung bezieht sich auf jeden Erben, dem auch ohne letzte Willenserklärung ein Erbrecht zusteht und auch auf den Noterben, welch letzterem sie jedoch das besondere Recht einräumt, dass er, wenn er auch der Erbschaft entsagt, sich den Pflichttheil vorbehalten könne. Es muss daher auch ein Noterbe, der sich den Pflichttheil vorbehält, der Erbschaft entsagen. Dass ein solcher Sinn in der erwähnten Bestimmung liegt, erhellt auch aus dem Hfd. v. 31. Jän. 1844 (JGS. 781), wornach einem Noterben nicht der verhältnismässige Antheil an den einzelnen in die Verlassenschaft gehörigen Vermögensobjecten, sondern blos der nach der gerichtlichen Schätzung berechnete Wert des Pflichttheils gebürt.

Der hiegegen überreichten ausserordentlichen Revisionsbeschwerde gab der OGH. keine Folge. Gründe: Nach der klaren Bestimmung des § 808 bGb. muss ein gesetzlicher Erbe die ihm durch eine letztwillige Erklärung zugedachte Erbschaft entweder aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz entsagen. Dabei ist ein gesetzlicher Erbe, welcher zugleich Noterbe ist, allerdings befugt, die Erbschaft mit Vorbehalt seines Pflichttheils auszuschlagen. Zur Annahme der Erbschaft, mit Vorbehalt des Pflichttheils, wenn durch diesen Vorbehalt die Erfüllung der letztwilligen Anordnung nicht möglich wäre, ist der Noterbe auch nach § 774 bGb. nicht berechtigt. Deshalb konnte der Kl. zwar den ihm durch den letzten Willen seines Vaters zugedachten Erbtheil ausschlagen und den Pflichttheil, soweit ihm derselbe gebürt, nach Maassgabe des § 774 bGb. und nach Vorschrift des Hfd. v. 31. Jän. 1844 (JGS. 781) fordern, er erscheint jedoch nicht berechtigt, einerseits seinen Pflichttheil frei von jeder Belastung und als einen verhältnismässigen Antheil an den einzelnen Nachlassachen zu verlangen, hiedurch den letzten Willen zu vereiteln und dennoch anderseits aus dem letzten Willen des Erblassers Vortheile für sich in Anspruch zu nehmen.

350.

Wirkung der Gläubiger-Convocation: Berücksichtigung der nach Ablauf der Edictalfrist, aber vor der Vertheilung des Nachlasses angemeldeten Forderung.

(E. 28. März 1889, Z. 3406.)

Vom 1. R. wurden die nach Ablauf der Anmeldungsfrist angemeldeten Forderungen nicht berücksichtigt. Das OLG. verordnete die Rücksichtnahme auf dieselben und der OGH. bestätigte diese E. in Erwägung, dass bei der Convocation von Verlassgläubigern den nach Ablauf des Edictaltermins sich meldenden, nicht mit Pfand bedachten Gläubigern ein Anspruch auf die Verlassenschaft nicht schon dann, wenn es sich zeigt, dass die Summe der innerhalb des Termins angemeldeten Forderungen den Activstand übersteigt, sondern nach der klaren Bestimmung des § 814 bGb. nur dann versagt wird, wenn die Verlassenschaft durch die Bezahlung der angemeldeten Forderungen erschöpft worden ist, daher hiefür nur die Erschöpfung der Nachlassmasse durch wirkliche Zahlungsleistung massgebend sein kann; dass im vorliegenden Falle die Anmeldungen bei dem 1. R. zu einer Zeit

eingelangt sind, als mit der Zahlungsleistung an die Gläubiger noch nicht begonnen, ja nicht einmal die an die einzelnen Gläubiger auszuzahlenden Quoten des überschuldeten Nachlasses festgestellt worden waren, weshalb die Nichtberücksichtigung dieser beiden Forderungen bei der cridamässigen Vertheilung dieses Nachlasses seitens des 1. R. nicht gerechtfertigt war.

B. Handels- und Wechselrecht.

351.

Kaufmannseigenschaft des nicht blos auf Bestellung arbeitenden Schneiders. Eigenschaft des mit dessen Vertretung betrauten Zuschneiders als Handlungsgehilfe.

(E. 18. Sept 1888, Z. 10260.)

Der bei dem Schneider B bedienstet gewesene Zuschneider A belangte diesen bei dem HG. auf Zahlung des rückständigen Lohns. B erhob die Einrede der Incompetenz, da laut eines von ihm producierten Gutachtens der Handlungs- und Gewerbekammer ein Zuschneider nicht Handlungsgehilfe sei. Die sohin einvernommenen Sachverständigen erklärten, dass ein Schneider, welcher, wie B, Tuchsorten kauft, um sie zu verarbeiten und als Kleidungsstücke zu verkaufen, im Sinne des Art. 4 Hgb. ein Kaufmann, folglich ein Zuschneider bei solchem Schneider, der ihn zugleich in seinem Geschäfte vertritt und Kaufgeschäfte mit Kunden abschliesst, ein Handlungsgehilfe sei.

Die vom 1. R. zugelassene Incompetenzeinrede wurde von den Oberinstanzen verworfen, vom OGH. in Erwägung, dass der Bel., welcher mit Anschaffung von Tuchsorten zur weiteren Veräusserung, somit gewerbsmässig mit Handelsgeschäften sich befasst, ein Kaufmann ist und hiebei auch das Schneidergewerbe betreibt. Mit Recht hat demnach die 2. Instanz ausgesprochen, dass der Kl. ein Handlungsgehilfe ist und nicht zu den blos Gesindedienste verrichtenden Personen gezählt werden kann, weil laut Gutachtens der Sachverständigen, welche eben über das Verhältnis des Kl. zum Bekl. vernommen wurden, die Thätigkeit des Kl. nicht blos auf das Zuschneiden sich beschränkte, sondern auch auf den Handel im Verkehrslocale sich erstreckte, indem er in Vertretung seines Principals nicht blos Bestellungen entgegenzunehmen, sondern auch Zahlungen in Empfang zu nehmen hatte. Das Zeugnis der Handels- und Gewerbekammer steht dieser Anschauung nicht entgegen, weil in demselben die Functionen des Zuschneiders nur im Allgemeinen, nicht aber auch für den Fall bezeichnet werden, wenn der Principal Kaufmann ist und Handelsgeschäfte betreibt.

352.

Distanzkauf einer Waare bestimmter Kategorie nach Probe. Unerheblichkeit der zollamtlichen Behandlung dieser Waare als solcher einer anderen Kategorie für die Verbindlichkeit des Käufers. Wirkung der Probewidrigkeit eines Theils der Waare im Fall der Theilbarkeit der Erfüllung.

(E. 10. Jän. 1889, Z. 2.)

Die Klage der Firma A in Nürnberg wider die Firma B in Wien auf Zahlung von Mk. 287·80 wurde vom 1. R. abgewiesen. Gründe: Mit dem Briefe C ddo. 29. April 1887 hat die kl. Firma der gekl. Firma dreierlei Fässer (zusammen 14) Leinölfirnissatz zu 13, 15 und 20 Mk. pro 100 Kgr. ab hier, das ist Nürnberg, angeboten und darin erwähnt, dass Durchschnittsproben der Partien separat folgen; mit Brief D ddo. Wien, 8. Mai 1887, erklärte letztere, geneigt zu sein, die Fässer zu nehmen, wenn je 1 Mk. nachgelassen wird und ertheilte die

Weisung, die Waare an S in Nürnberg zu übergeben und diesen anzuweisen, sie nach Disposition der gekl. Firma, resp. des Wiener Hauses der Firma S zu verladen. Mit Brief E ddo. Nürnberg, 9. Mai 1887 concediert die kl. Firma diesen Nachlass, bemerkt aber, dass nur mehr 12 Fässer vorhanden seien, welche die gekl. Firma sohin mit Schreiben F v. 10. Mai 1887 zu nehmen erklärt. Es ist nach Inhalt dieser Briefe daher unzweifelhaft, dass der Erfüllungsort Nürnberg sei, und zwar dies mit Rücksicht darauf, dass der Preis ab Nürnberg vereinbart ist und dass auch die Speditionsfirma, der die Waare zu übergeben war und welche dieselbe nach der Uebergabe nach Disposition der gekl. Firma verladen sollte, in Nürnberg sich befindet. Ueberdies würde nach Art. 324, al. 2 Hgb., auch wenn nicht eine ausdrückliche Vereinbarung diesfalls angenommen werden wollte, Nürnberg für die kl. Firma der Erfüllungsort sein. Der kl. Firma obliegt daher der Nachweis, dass sie in Nürnberg ordnungsgemäss erfüllt habe und hat die Frage, ob die gesendete Waare wegen Zollanstände nicht an die Adressaten in Wien gelangen konnte, ebensowenig Bedeutung für den Bestand oder Nichtbestand des kl. Anspruchs, als es der etwaige Verlust dieser Sendung auf dem Transporte nach Wien gehabt hätte. Aus den vorerwähnten Briefen ergiebt sich, und zwar aus C, dass Muster geschickt wurden, aus D, dass dieselben bei der gekl. Firma einlangten. Wenn also die von S übergebene Waare jene Eigenschaften hatte, welche die Muster hatten, wäre die ordnungsmässige Erfüllung seitens der kl. Firma dargethan. Ob diese Waare die Bezeichnung „Leinölfirnistrüb oder -Satz“ im kaufmännischen Sinne, der doch bei der Bestellung allein maassgebend sein konnte, verdiente oder nicht, konnte die gekl. Firma aus den Mustern entnehmen. Wenn sie nun in Uebereinstimmung mit der kl. Angabe, dass die Muster Leinölfirnissatz seien, dies als richtig erkannte, was der Brief v. 8. Mai 1887, in dem nur mehr von den Fässern gesprochen wird, ohne dass die Bezeichnung Leinölfirnissatz oder -Trüb weiters gebraucht wird, annehmen lässt, oder wenn sie, was Kl. nicht wissen konnte, ohne sich weiter in eine Untersuchung dieser Eigenschaft der Muster einzulassen, bestellte, hatte sie mit einer mustergemässen Waare eben das erhalten, was sie bestellt hatte. Die Einwendung, dass die gelieferte Waare nicht Leinölfirnistrüb sei, ist nur dann, wenn deren Mustergemässheit dargethan ist, belanglos. Ob das Muster aber im Sinne des österreichischen Zolltarifs Lackfirnis oder Leinölfirnistrüb gewesen sei, ist deshalb belanglos, weil nicht behauptet ist, dass ausbedungen worden sei, die zu liefernde Waare dürfe jene Eigenschaften nicht haben, die der österr. Zolltarif als Criterien von Lackfirnis hinstellt und müsste die Bestellerin, wenn sie sich in ihrer diesfälligen Beurtheilung des Musters geirrt hat, eben die Folgen tragen, die aus dieser irrigen Beurtheilung, die sich als Motiv für die Bestellung darstellt, entsprungen sind. Die kl. Firma versucht nun die ordnungsmässige Erfüllung dadurch zu erweisen, dass sie sub J ein bei dem kgl. Amtsgerichte Passau im Sinne des Art. 348 Hgb. aufgenommenes Gutachten von Sachverständigen vorlegt, welche übereinstimmend erklären, dass die untersuchten Fässer Leinölfirnistrüb enthalten und dass die Waare in den mit x und y bezeichneten Fässern den vorgewiesenen Mustern vollständig entspreche, nicht aber das mit z bezeichnete Fass. Ueber die Identität der Muster mit dem zurückbehaltenen Trüb der an die gekl. Firma gesendeten Muster und der untersuchten Fässer mit den an die Firma S in Nürnberg gesendeten Fässern wird der Beweis durch den von der gekl. Firma zurückgeschobenen Hauptbeid angeboten. Auf diesen Beweis war nicht abzugehen, weil selbst nach den Angaben der Kl. und nach Inhalt des Protokolls J, dessen Beweiskraft im Sinne des § 112 lit. c aGO. anzuerkennen ist, die Waare theilweise musterwidrig geliefert wurde. Einer Beanständung im Sinne des Art. 347 Hgb. bedarf es hiebei nicht, da die Anzeigepflicht nach Art. 347 Hgb. erst nach Einlangen der Waare an dem Ort, wohin dieselbe gesendet werden soll, eintritt, wie dies die Eingangsworte des Art. 347: „ist die Waare von einem anderen Orte übersendet“ — und die Berufung auf den ordnungsmässigen Geschäftsgang, der nur nach dem Orte, wo sich das Geschäft befindet, darthun; da ferner dem Spediteur, dem die Waare zur Transportveranlassung übergeben wird, ein gleiches Untersuchungsrecht wie dem Käufer nicht eingeräumt erscheint; da Art. 380 Hgb. im Zusammenhange mit Art. 365 Hgb. nur die Beanständung äusserlich wahrnehmbarer Mängel dem Spediteur auferlegen und auch dies nur

im Verhältnisse zum Frachtführer und Schiffer; da nun die Waare nicht nach Wien, wo sich die gekl. Firma befindet, gelangt ist, kann die unterlassene Beanständung keine rechtlichen Wirkungen äussern. Ein Contrahent erscheint aber nicht verpflichtet, eine blos theilweise Erfüllung anzunehmen, weshalb der Vertrag seitens der kl. Firma als nicht erfüllt und diese als nicht berechtigt, den Kaufschilling zu fordern, angesehen werden muss.

Das OLG. erkannte, das Begehren werde in Ansehung eines Theilbetrags von Mk. 33·5 abgewiesen, den weiters eingeklagten Betrag von Mk. 254·75 sei die gekl. Firma dann schuldig, der kl. Firma zu bezahlen, wenn der Chef der kl. Firma den Haupteid dahin: Es sei wahr, dass die laut Protokolls J den Sachverständigen vorgewiesenen Muster identisch seien mit dem von der kl. Firma zurückbehaltenen Theile der in den Schreiben C und D erwähnten Muster, auf Grund welcher die Bestellung durch die gekl. Firma geschah, sowie dass die von den Sachverständigen in Passau untersuchten Waaren, über welche von ihnen der im Protokolle J enthaltene Befund abgegeben wurde, identisch seien mit der von der kl. Firma an die gekl. Firma, resp. deren Spediteur S in Nürnberg gelieferten und von demselben an die gekl. Firma abgesendeten — ablegt; im Falle der Nichtablegung dieses Eides werde das Klagebegehren vollständig abgewiesen. Gründe: Die 1. Instanz hat den Sachverhalt und die Rechtslage vollkommen richtig erörtert, ist jedoch zu einem irrigen Schlusse gelangt, indem sie den Art. 359 Hgb. als auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar erklärt hat. Es handelt sich nemlich, wie aus den Angaben beider Theile, aus der Correspondenz und insbesondere aus dem Umstande hervorgeht, dass die gekl. Firma das Offert annahm, obschon nicht mehr die ursprünglich angebotene Zahl von Fässern vorhanden war, offenbar nicht um eine untheilbare, sondern um eine theilbare Lieferung; in diesem Falle kann aber der Käufer, wenn ein Theil der Lieferung nicht vertragsmässig ist, nicht die Annahme des ganzen, sondern nur des vertragswidrigen Theils verweigern. Nun ist durch den Befund erwiesen, dass, mit Ausnahme des einen in der Factura abgesondert verzeichneten und bewerteten Fasses z, die ganze übrige von den Sachverständigen untersuchte Waare den ihnen vorgewiesenen Mustern entsprach. Die gekl. Firma muss daher die mustergemässe Waare annehmen und bezahlen, wenn erwiesen wird, dass die den Sachverständigen vorgewiesenen Muster mit jenen identisch sind, auf Grund welcher die Lieferung bestellt wurde, und dass die von den Sachverständigen untersuchte Waare mit der über Bestellung der Gekl. der Firma S übergebenen identisch ist. Dies zu erweisen, ist der Haupteid geeignet, auf welchen daher in Abänderung der erstr. E. abgegangen wurde. Zur Zurückweisung des musterwidrigen Fasses war hingegen die gekl. Firma jedenfalls berechtigt, daher die unbedingte Abweisung des Klagebegehrens in Ansehung des dahin facturierten Betrags von Mk. 33·5 erfolgen muss, während die Zuerkennung des Betrags für die übrigen 11 Fässer per Mk. 2[illegible]4·75 von der Eidesablegung abhängt.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. in der Erwägung, dass die kl. Firma die verkaufte Waare an den Spediteur der gekl. Firma rechtzeitig abgeliefert hat; dass die gekl. Firma nur beim Vorhandensein der zur Verweigerung der Annahme berechtigenden Voraussetzungen befugt wäre, die Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises zu verweigern; dass die Richtigkeit der in der Correspondenz der gekl. Firma enthaltenen Waarenbezeichnung, welche übrigens in keinem Falle nach der Uebereinstimmung mit dem österr. Zolltarife zu beurtheilen wäre, hier schon darum nicht in Betracht gezogen werden kann, weil die Bezeichnung der kl. Firma für die gekl. Firma, welche die Bestellung auf Grund der in ihrer Hand befindlichen Muster machte, in keiner Weise maassgebend sein konnte; dass das Gutachten der landwirtschaftlich-chemischen Versuchsstation, abgesehen von der Besonderheit der derselben gestellten Aufgaben, aber zur Widerlegung des von den Sachverständigen abgegebenen, die Richtigkeit der Waarenbezeichnung bestätigenden Gutachtens schon darum nicht dienen kann, weil das Vorhandensein der untersuchten Waare ganz unerörtert blieb; dass bei dem Umstande, als drei verschiedene Kategorien der bezeichneten Waare bestellt und geliefert wurden, die Vertragswidrigkeit der einen Kategorie offenbar nicht genügen würde, um zur Ablehnung der Annahme der zu den beiden anderen Kategorien gehörigen Waaren zu berechtigen und dass die gekl. Firma umsoweniger Anlass hat, sich

über das o. g. U. zu beschweren, als die durch die Sachverständigen erfolgte Constatierung einer Differenz zwischen dem Muster und der in einem Fasse enthaltenen Waare für sich allein nicht ausreicht, um zur Dispositionsstellung zu ermächtigen; und als dieses Fass zur Zeit noch immer zur Disposition der gekl. Firma steht, der Disposition der kl. Firma aber gänzlich entrückt ist.

353.

Handelskauf. Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs wegen Nichterfüllung: Nachweis eines thatsächlichen Schadens. Ersatz dieses Nachweises durch die Darthuung erlittener Nachtheile und den Schätzungseid. Beweispflicht des säumigen Contrahenten für den Mangel eines Verschuldens.

(E. 13. März 1889, Z. 2633.)

Die Firma A klagte gegen die Firma B auf Zahlung eines Schadenersatzes in der Höhe von 2470 fl. wegen Nichtlieferung von 1900 Bündel Garn Nr. 16 Dampfboot. Der 1. R. erkannte nur auf eine Entschädigung von 1520 fl. gegen den Schätzungseid der A, indem er rücksichtlich dieser Ziffer ausführte: Es ist durch den zugelassenen Sachverständigenbeweis einerseits festgestellt, dass der Gewinn für ein Stück aus Garn Nr. 16 Dampfboot Schuss und Nr. 16 Eisenboot Kette 40 kr. betrage. Nachdem nun durch die Beantwortung des Weisartikels Nr. 14 seitens der vernommenen Zeugen hinreichend bescheinigt ist, dass die gekl. Firma Kettengarn in genügender Menge hatte, um mit dem Schussgarn 3800 Stück ihrer Leinwand zu erzeugen, so musste objectiv angenommen werden, dass, wenn sie an der Erzeugung dieser Waare völlig gehindert war, höchstens der Betrag von 1520 fl. als Schadenersatzanspruch resultieren würde. — Das OLG. setzte die Entschädigung, indem es ein Verschulden der B nur an der Nichtlieferung von 900 Bündeln Garn annahm, auf 270 fl. herab.

Der OGH. stellte jedoch das erstr. U. wieder her. Gründe: Unbestreitbar ist es, dass die gekl. Firma den von ihr am 19. Febr. 1883 eingegangenen Lieferungsvertrag nicht einhielt, im Monate März mit 900 Bündeln Garn im Rückstande geblieben ist und im Monate April von den schuldigen 1000 Bündeln gar nichts geliefert hat. Durch die am 11. Mai 1883 abgegebene Erklärung, vom Vertrage abgehen und Ersatz ansprechen zu wollen, hat die kl. Firma der Anforderung des Art. 356 Hgb. entsprochen und die gekl. Firma hatte nach dem Inhalte der vorausgegangenen Correspondenz kein Anrecht, von der kl. Firma die Gewährung einer Nachfrist zu erwarten. Nach den Aeusserungen, mit welchen die gekl. Firma die wiederholten Mahnungen der kl. Firma beantwortete, wäre die Gewährung einer weiteren Frist von vorneherein aussichtslos gewesen. Ausserdem war die Zeit schon verstrichen, binnen welcher die kl. Firma mit dem erforderlichen Garne versehen sein musste, um die für den Absatz ihres Fabrikats günstigere Sommerszeit noch ausnützen zu können. Die Verantwortlichkeit für den durch ihren augenscheinlichen Vertragsbruch entstandenen Schaden kann die gekl. Firma nicht durch die Hinweisung darauf ablehnen, dass die Spinnerei, bei welcher die gekl. Firma eine zur Deckung der für die kl. Firma bestimmten Lieferung hinreichende Bestellung gemacht hat, infolge einer Betriebsstörung nicht rechtzeitig geliefert hat. Abgesehen davon, dass die gekl. Firma von ihrer Bezugsquelle weit mehr Garn erhielt, als sie an die kl. Firma abgab, kann aus der erwähnten Betriebsstörung, deren Beginn beiläufig mit dem Zeitpunkte des zwischen beiden Streittheilen geschlossenen Lieferungsvertrags zusammenfiel, eine Befreiung von der Verpflichtung der gekl. Firma, für die Beschaffung der von ihr zu liefernden Waare Sorge zu tragen, keineswegs gefolgert werden. Von der gekl. Firma wurde nichts vorgebracht, worin sich auch nur ein Versuch, das angegebene Hindernis zu beseitigen, um ihren vertragsmässigen Verpflichtungen nachzukommen, erkennen liesse. Von der Verantwortung für die Nichterfüllung ihrer Verpflichtung hätte sich aber die gekl. Firma gemäss § 1298 bGb. nur durch den Nachweis einer unverschuldeten Verhinderung der Erfüllung befreien können. Die gekl. Firma hatte es jedoch nicht einmal einer Erörterung unter-

zogen, ob es nicht möglich gewesen wäre, von ihrer Bezugsquelle, trotz der eingetretenen Betriebsstörung, die erforderliche Menge Garne zu erlangen. Ebensowenig hat sich die gekl. Firma mit der Frage der Möglichkeit einer anderweitigen Beschaffung des zu liefernden Garns befasst. Hiezu kommt, dass die gekl. Firma die früher erwähnte Betriebsstörung der kl. Firma erst am 12. Mai 1883, also nach Ablauf der Lieferzeit, zur Kenntnis gebracht, bis dahin sich aber bemüht hat, die kl. Firma hinzuhalten. Für die hier zu entscheidende Frage ist es belanglos, ob die Handlungsweise der gekl. Firma auf das Bestreben, die inzwischen eingetretene Preissteigerung für sich auszunützen, zurückzuführen ist, oder ob andere Motive für sie bestimmend waren, sich über ihre gegenüber der kl. Firma übernommenen vertragsmässigen Verpflichtungen hinwegzusetzen. Mit Unrecht hat die gekl. Firma auch versucht, sie durch die Behauptung zu entlasten, dass die kl. Firma in der Lage war, durch Deckungskäufe jeden Schaden, welcher durch den Ausfall der von der gekl. Firma übernommenen Lieferung entstehen konnte, hintanzuhalten. Abgesehen davon, dass die als Gegenstand des Deckungskaufs bezeichneten Garne nicht als dem von der gekl. Firma zu liefernden Garne gleichstehend behandelt werden können und dass von demselben nur die gleiche Eignung für die Zwecke der kl. Firma angenommen wird, fällt hier der Umstand als entscheidend in die Wagschale, dass die kl. Firma den gewünschten Erfolg durch einen Deckungskauf, dessen Kosten hier unerörtert bleiben können, nur dann zu erzielen vermocht hätte, wenn sie rechtzeitig von der eingetretenen Betriebsstörung in Kenntnis gesetzt und gleichzeitig der durch den Lieferungsvertrag gegenüber der gekl. Firma eingegangenen Verpflichtungen enthoben worden wäre. Da die gekl. Firma aber die Information, deren Ertheilung ihr mit Rücksicht auf das bestandene Geschäftsverhältnis obgelegen wäre, der kl. Firma geradezu vorenthalten hat, so kann ihr auch nicht ein Schein der Berechtigung zuerkannt werden, die Schuld an den eingetretenen vermögensrechtlichen Nachtheilen auf die kl. Firma zu überwälzen und sich der sie nach dem Gesetze treffenden Ersatzpflicht zu entziehen. Mit Rücksicht auf die Natur des Rechtsgeschäfts, welches sich nach dem Inhalte der vorliegenden Correspondenzen nicht als ein Fixgeschäft bezeichnen liesse, wäre die kl. Firma allerdings nicht berechtigt, die in der nach Art. 357 Hgb. zu berechnenden Preisdifferenz sich ausprägende Vergütung eines blos möglichen Schadens zu begehren; dieser Firma steht nur der Anspruch auf Ersatz der thatsächlich eingetretenen, durch den Vertragsbruch der gekl. Firma verursachten Vermögensnachtheile zu. Darüber aber, dass sehr erhebliche Vermögensnachtheile eingetreten sein müssen, kann nicht gezweifelt werden, wenn berücksichtigt wird, dass das von der gekl. Firma zu liefernde Garn bestimmt war, mit einem bereits vorrätigen Garne anderer Gattung zu einer Waare verarbeitet zu werden, welche sich in der fraglichen Zeit eines vollkommen gesicherten Absatzes erfreute. Das durch längere Zeit andauernde Ausbleiben einer bedeutenden Menge eines unerlässlichen Fabrikationsstoffs musste notwendigerweise die Fabrikation der erwähnten Waare hemmen und überdies einen störenden Einfluss auf den ganzen Fabriksbetrieb üben. Durch das Ergebnis des Beweisverfahrens ist es auch ausser Zweifel gestellt worden, dass durch den Vertragsbruch der gekl. Firma thatsächlich eine sehr erhebliche und durch längere Zeit andauernde Productionsstörung herbeigeführt worden ist, welche den Entgang des durch die Production erzielbaren, vollkommen gesicherten Erträgnisses zur notwendigen Folge hatte. In dieser Beziehung verdienen ein besonderes Gewicht die Aussagen derjenigen Zeugen, welche sich mit der durch das Ausbleiben des zu liefernden Garns gehemmten Weberei zu befassen hatten. Unter diesen Zeugen bestätigt K, welcher selbst auf beiläufig 120 Handwebstühlen arbeitete, dass die durch das Ausbleiben des fraglichen Garns verursachte Arbeitslosigkeit in den Monaten März, April und Anfangs Mai andauerte; und P, welcher den Verkehr zwischen den Handwebern und dem Fabrikanten zu vermitteln hatte, führte an, dass ein grosser Theil der Handweber im Frühjahre 1883 wegen des Mangels des fraglichen Garns keine Beschäftigung fand. Auch aus der Aussage des W ergiebt sich, dass auch andere den Verkehr mit den Webern vermittelnde Factoren die gleiche Erfahrung machten wie P. Die Production der erwähnten Waare ist daher für längere Zeit in erheblichem Maasse gehemmt gewesen. Aus den Aussagen der vernommenen Zeugen ergiebt sich aber auch ferner, dass es an anderen

störenden Einflüssen schädigender Art keineswegs fehlte. Die Zeugen W und K bestätigen, dass die kl. Firma infolge dieser Hemmung der Production ihre den Kunden gemachten Zusagen nicht vollständig erfüllen konnte und dadurch in Schwierigkeiten geriet; einen vielleicht noch empfindlicheren Nachtheil erlitt aber die kl. Firma dadurch, dass viele Arbeiter, durch die Arbeitslosigkeit ermüdet, laut der Aussagen des P und des K, andere Arbeitsgeber aufsuchten und zum Theile nicht mehr zurückgenommen werden konnten. Keinem Zweifel aber kann es unterliegen, dass auch diese Nachtheile als durch die gekl. Firma verursachte Vermögensnachtheile zu würdigen sind. Das Vorstehende genügt, um zu erkennen, dass der gekl. Firma das Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) keinen Anhaltspunkt gewährt, um die gänzliche Abweisung des Klagebegehrens, welchem von beiden unteren Gerichten in verschiedener Art theilweise stattgegeben worden ist, rechtfertigen zu können. Hiemit sind aber auch zugleich die Gründe zum Ausdrucke gelangt, aus denen die o. g. Auffassung nicht gebilligt werden kann, welche den Anspruch auf Ersatz von dem Nachweise eines den Vertragsbruch begleitenden Verschuldens abhängig macht und die gekl. Firma als der Aufgabe, ihren Vertragsbruch zu rechtfertigen, theilweise enthoben behandelt. Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens fehlt es an einem Anhaltspunkte, um den Weg verlassen zu können, welcher von der ersten Instanz zum Zwecke der Bestimmung des zu leistenden Ersatzes eingeschlagen worden ist. Dass hiedurch eine offenbare Ungerechtigkeit im Sinne des früher erwähnten Hfd zum Nachtheile der kl. Firma begangen worden sei, lässt sich umsoweniger annehmen, als die der gekl. Firma zur Last zu legende Hemmung der Production nach dem Ergebnisse des Zeugenbeweises nicht so genau festgestellt erscheint, um den eingetretenen Vermögensnachtheil ausdrücken zu können, und als die kl. Firma, welche die Aufnahme des Sachverständigenbeweises processuell unangefochten liess, bei dieser Beweisaufnahme von dem ihr zustehenden Rechte, durch Erinnerungen auf volle Klarstellung hinzuwirken, keinen Gebrauch gemacht hat. Bei dieser Sachlage war das erstr. U. wieder herzustellen.

354.

Begriff des Fixgeschäfts.* — Untheilbarkeit der Vertragserfüllung trotz ratenweiser Lieferung.

*Vgl. oben Nr. 257.

(E. 30. Mai 1888, Z. 3391.)

Der 1. R. hatte nach dem Klagebegehren des Verkäufers auf Erfüllung des Vertrags erkannt. In den oberen Instanzen wurde die Klage abgewiesen, vom OGH. aus folgenden Gründen: Die zwischen den streitenden Contrahenten controverse Frage, ob das von ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft im Sinne des Art. 357 Hgb. ein sogenanntes Fixgeschäft war, ist bejahend zu beantworten. Denn aus den eigenen Angaben des Klägers und dem beiderseits anerkannten Schlussbriefe vom 29. Juni 1885 [1]) geht hervor, dass er dem Bel. den verkauften Spiritus in den Monaten Oct., Nov., und Dec. 1885, und zwar bis zum 10. und 20. jedes dieser Monate partienweise à 33 Eimer abzustellen hatte. Die Zeit, innerhalb welcher die Lieferungen zu geschehen hatten, war sonach genau und

[1]) Der theils hebräisch, theils im jüdischen Jargon abgefasste Schlussbrief lautet in wörtlicher Uebersetzung: „Gelobt sei Gott! Ich Endesgefertigter habe dem Herrn B in Lemberg verkauft 200 Eimer Brantwein im Preise 12 fl. 90 kr. für jeden Eimer $^{80}{}_{58}$ (bedeutet 80 Procent Tralles, den Eimer à 58 Liter). Brennereiübernahme und zuzustellen auf meine Kosten nach Lemberg transito (das heisst ohne Verzehrungsteuerzahlung) in den Monaten October, November und December 1885, in jedem Monat bis 10. und bis 20. à 33 Eimer. Nur betreffs der ersten 33 Eimer, falls ich in der Brantweinbrennerei noch nicht arbeiten werde, soll der Käufer keinen Anspruch machen können, wenn ich die ersten 33 Eimer später einige Tage geben werde Zur Füllung sollen nicht mehr als 3 Liter bei jedem Fasse von beiläufig 700 Liter Inhalt fehlen. Als Darangeld habe ich erhalten u. s. w. (das Uebrige nicht streitentscheidend, betrifft die Zahlung). Lemberg, am 29. Juni 1885. A m. p.

bestimmt gekennzeichnet; und dass die Lieferungsfristen nach der Intention der Paciscenten absolut wesentlich sein sollen, geht nicht nur aus dem Inhalte des Schlussbriefs, sondern auch daraus hervor, dass sich der Kl. für den Fall der nicht strengen Einhaltung des ersten Lieferungstermins, unter der Voraussicht der Möglichkeit, dass er bis zum 10. Oct. 1885 in der Brennerei noch nicht „arbeiten" sollte, eine Nachfrist von einigen Tagen ausbedungen hatte, was doch überflüssig gewesen wäre, wenn die Streittheile die genaue Einhaltung der Lieferungstermine nicht insbesondere intendiert hätten, was übrigens auch mit Rücksicht auf den, häufigen Preisschwankungen unterworfenen Gegenstand des Vertrags mit Grund einem Zweifel nicht unterstellt werden kann. Wegen dieser ein Fixgeschäft involvierenden Wesenheit des Vertrags war es aber nach der imperativen und ausnahmlosen Vorschrift des Art. 357 Hgb. die unumgehbare Pflicht des Kl. als Verkäufers, dem Bel. unverzüglich nach Ablauf der ersten Lieferungspflicht anzuzeigen, dass er auf der Erfüllung des Vertrags bestehen wolle. Da er dies jedoch unterlassen hat, so kann er nach demselben Artikel des Hgb. auf Erfüllung nicht mehr dringen und erscheint sonach das die Klagebitte abweisende o. g. U. gesetzlich gerechtfertigt. Die vom Verkäufer am 4. Nov. 1885, also schon einige Wochen nach dem Verstreichen des ersten Lieferungstermins, also nicht unverzüglich, überreichte Klage vermochte die gesetzlich vorgeschriebene Anzeige nicht zu ersetzen, und kann als solche auch hinsichtlich der für die Monate Nov. und Dec. verabredeten Lieferungen nicht angesehen werden, weil der Vertrag und dessen, wenngleich in bestimmten Zeitabschnitten einzuhaltende Erfüllung als ein einheitliches Ganzes aufzufassen ist, und es gesetzlich keinem der Contrahenten freigestanden ist, die theilweise Erfüllung beliebig zu verlangen. Auch der Umstand, dass der Bel. noch vor dem ersten Lieferungstermine die Fässer zur Uebernahme des ihm abzustellenden Spiritusquantums auszufolgen verweigerte und erklärt haben soll, dass er vom Vertrage abgehe, konnte den Kl. von der Anzeigepflicht nicht entbinden, weil ihm unter der Annahme der Wahrheit dieser Thatsachen die im Art. 354 Hgb. vorbehaltene Wahl zustand, er sonach auch selbst vom Vertrage abzugehen berechtigt, und eben darum nach der imperativen Bestimmung des Art. 357 Hgb. verpflichtet war, den Käufer von der getroffenen Wahl in Kenntnis zu setzen, um ihm keinen Zweifel zu lassen, dass auf der Erfüllung des Vertrags bestanden werde.

355.

Giltigkeit des Wechsels mit einer durch die Worte: „bis 1. December d. J." bestimmten Zahlungszeit.

(E. 21. Mai 1889, Z. 6022.)

In den Vorinstanzen wurde die Wechselklage a limine abgewiesen, vom OLG. in Erwägung, dass nach Art. 4, Abs. 4 WO. die Angabe der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels gehört und die Zahlung auf eine der in der bezogenen Gesetzesstelle angeführten Arten festgestellt werden muss; dass die vorliegende Urkunde dieser Anforderung nicht entspricht, indem der in derselben bezüglich der Zeit der zu leistenden Zahlung gebrauchte Ausdruck „bis 1. Dec. d. J." einen bestimmten Zeitpunkt nicht bezeichnet, vielmehr einen Zeitraum in sich schliesst, und sowohl hinsichtlich des Endpunkts der Zeit, innerhalb welcher gezahlt werden soll, als hinsichtlich der Zeit, zu welcher der Gläubiger zur Empfangnahme der Zahlung verpflichtet ist, eine mehrfache Auslegung zulässt, nach dem allgemeinen Sprachgebrauche aber mit den Worten „am 1. Dec. d. J." keineswegs gleichbedeutend ist; dass daher aus dieser Urkunde wegen Abgang eines wesentlichen Erfordernisses nach Art. 7 WO. eine wechselmässige Verbindlichkeit nicht entstanden ist, und dass die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens nach § 9 der JMVdg. v. 24. Jän. 1850 (RGB. 52) einen giltigen Wechsel zur Voraussetzung hat.

Der OGH. fand den angesuchten wechselrechtlichen Zahlungsauftrag zu erlassen, in Erwägung, dass in dem der Klageführung zugrunde liegenden, am 9. Oct. 1887 ausgestellten Wechsel die Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, durch Ein-

stellung eines bestimmten Tags angegeben erscheint, das bei dieser Angabe gebrauchte Vorwort „bis“ (1. Dec. d. J.) aber offenbar nur auf eine bei Landleuten häufig vorkommende Unbehilflichkeit im Ausdrucke zurückzuführen ist und keineswegs die Absicht der Parteien erkennen lässt, den ganzen Zeitraum vom Tage der Ausstellung bis 1. Dec. d. J. als Zahlungszeit zu bestimmen, dass sonach in Anschauung der fraglichen Wechselsumme füglich der 1. Dec. 1887 als der Zahlungstag zu betrachten, hiedurch aber der Vorschrift des Art. 4, Z. 4, WO. Genüge geleistet, somit der von beiden Untergerichten angenommene Mangel des in dieser Gesetzesbestimmung vorgeschriebenen wesentlichen Erfordernisses eines Wechsels nicht vorhanden und die aus diesem Grunde erfolgte Zurückweisung der Klage im Gesetze nicht gerechtfertigt ist, übrigens der vom Kl. begehrten Erlassung des wechselrechtlichen Zahlungsauftrags auch sonst ein gesetzliches Hindernis nicht entgegensteht.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

356.

1. Abgrenzung der streitigen und der ausserstreitigen Gerichtsbarkeit: Die Verhandlung über ein Gesuch um Bestellung von Liquidatoren einer offenen Gesellschaft fällt unter die ausserstreitige, die Entscheidung über die Wirkung eines Verzichts auf die Liquidation unter die streitige Gerichtsbarkeit. — 2. Unanwendbarkeit der Grundsätze über die Kostenpflicht der sachfälligen Processpartei im ausserstreitigen Verfahren.*

* Vgl. oben Nr. 83. 357 und Bd. VI Nr. 56.

(E. 7. Nov. 1888, Z. 12960.)

Das Gesuch der A, Witwe nach dem Gesellschafter C der offenen Handelsgesellschaft B & C, um Auftrag zur Liquidation dieser Gesellschaft und um Bestellung von Liquidatoren wurde nach Vernehmung beider Theile vom 1. R. unter Verfällung der A in die Verhandlungskosten schlechthin, vom OLG. unter gegenseitiger Aufhebung der Kosten nur für dermal abgewiesen, weil, wenn auch beide Theile über das Gesuch verhandelt und Beweismittel angeboten haben, welche nur im streitigen Verfahren zulässig erscheinen, die durchgeführte Verhandlung nur vom Standpunkte des Art. 133 Hgb. beurtheilt, sonach blos als eine ausserstreitige behandelt werden kann. In diesem Verfahren kann über die nur im Rechtswege zu lösende Frage, ob die Urkunde v. 7. Sept. 1885 rechtsgiltig zustande kam und für A rechtsverbindlich ist, nicht abgesprochen werden, deshalb stellt sich ihr Gesuch als verfrüht dar, da, wenn diese Urkunde zu Recht besteht, A die Liquidierung des der Firma B & C. am Todestage des C und dermal noch gehörigen Vermögens zu begehren nicht berechtigt ist, wogegen ihr dieses Recht unstreitig zustehen wird, wenn dessen Geltendmachung diese Urkunde nicht mehr hindernd entgegenstehend wird. Aus diesem Grunde wurde in theilweiser Stattgebung des Recurses das Gesuch der A für dermal abgewiesen. Aus dem Umstande, dass die Verhandlung über dieses Gesuch im ausserstreitigen Verfahren durchzuführen war und trotz der unzulässigerweise angebotenen Beweise mit dem Haupteide nur als eine ausserstreitige Verhandlung in Betracht kommen kann, folgt, dass die nur im streitigen Verfahren anwendbare Bestimmung des § 24 des Ges. v. 16 Mai 1874 (RGB. 69) hier nicht angewendet werden kann, dass sonach jeder Theil seine Kosten selbst zu tragen hat.

Dem Revisionsrecurse des B fand der OGH. unter Verweisung auf die Gründe der o. g. E. keine Folge zu geben; denn die Liquidation einer Gesellschaft ist die gesetzliche Folge der durch den Tod eines Gesellschafters erfolgten Auflösung derselben und kann in dieser Richtung zwischen den noch überlebenden

Gesellschaftern, bez. den Rechtsnachfolgern des Verstorbenen, ein Streit überhaupt gar nicht stattfinden. Wenn aber ein Theil behauptet, dass infolge einer besonderen Vereinbarung zwischen den Parteien von einer Liquidation Umgang genommen worden sei, und wenn der Gegentheil die Rechtsverbindlichkeit der darüber errichteten Urkunde bestreitet, so kann über diese Vorfrage nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden. Es kann also in der That ein gerichtlicher Auftrag wegen Inangriffnahme der Liquidation der bestandenen Gesellschaft B & C derzeit nicht ergehen und es ist also die blos dermalige Abweisung des Begehrens der A ganz begründet, da es immerhin möglich ist, dass dieselbe im ordentlichen Rechtswege erweist, dass ihre Verzichtleistung auf die Auseinandersetzung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht rechtsverbindlich sei. Das Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) findet seine Anwendung nur im streitigen Verfahren; eine contradictorische Verhandlung darüber, ob, wenn ein Gesellschafter stirbt, die Gesellschaft aufgelöst und eine Liquidation einzuleiten sei, kann, da diese Frage im Gesetze ihre Lösung findet, gar nicht stattfinden, und wenn die Parteien sich in eine Verhandlung über die nur im ordentlichen Rechtswege zu lösende Frage der Rechtsverbindlichkeit der von A ausgestellten Verzichtsurkunde einliessen, so kann aus dieser ganz überflüssigen und notwendigerweise ergebnislosen Verhandlung keinem der beiden Theile ein Recht, bez. Verpflichtung, betreffend den Ersatz der Kosten nach den Vorschriften des Ges. v. 16. Mai 1874 erwachsen.

357.

1. Abgrenzung der streitigen und der ausserstreitigen Gerichtsbarkeit: Voraussetzung für die Entscheidung über den Alimentationsanspruch eines Kindes gegen den Vater im ausserstreitigen Verfahren. — 2. Unstatthaftigkeit eines Kostenzuspruchs im letzteren Verfahren.*

* Vgl. oben Nr. 83 u. 356.

(E. 24. April 1889, Z. 1631.)

Ueber das Gesuch des Grafen L jun. um Ausmessung des ihm von seinem Vater Grafen L. sen. gebürenden anständigen Unterhalts mit 800 Pfund Sterling jährlich, wurde nach gepflogener Verhandlung der Unterhalt vom 1. R. mit 8000 fl., vom OLG. mit 6000 fl. jährlich bemessen. Der OGH. fand das Gesuch abzuweisen. Gründe: Gesuchsteller begehrt nemlich in seinem Gesuche die Ausmessung des anständigen Unterhalts mit 800 Pfund Sterling jährlich, somit in demselben Betrage, mit welchem ihm nach seinen eigenen Anführungen im Gesuche sein Vater mit Schreiben v. 24. Dec. 1880 diese Dotation gewährte und Gesuchsteller dieselbe auch bis incl. 16. April 1887 in Empfang nahm. Gesuchsteller, welcher obiges Begehren im Wege des ausserstreitigen Verfahrens stellte, kann gemäss Abs. 7 des § 2 dieses Verfahrens eine Entscheidung über sein vermeintliches Recht nicht in Anspruch nehmen, wenn ihm bei dessen Erörterung Thatumstände eingewendet werden, welche sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren in's Klare setzen lassen und worüber nach der vorangeführten Gesetzesstelle dem Gerichte voreilig zu entscheiden ausdrücklich untersagt ist. Eine derartige Einwendung erscheint nun, ganz abgesehen von einer Anzahl von ähnlichen, in der vom Belangten vorgebrachten und von ihm gegen den Widerspruch des Gesuchstellers unter Beweis durch Zeugen gestellten Behauptung, erhoben, dass mit dem zur Behebung der Dotation bevollmächtigten Vertreter des Letzteren vereinbart wurde, es seien im Schlussatze der Quittungen über die vom Gesuchsteller künftig zu behebenden Beträge von je 200 Pfund Sterling noch die Worte „oder über ein anderweitiges im streitigen oder ausserstreitigen Verfahren allenfalls noch zu stellendes Begehren“ einzufügen, und dass ganz in Uebereinstimmung mit dieser Abmachung auch die am 16. April 1887 zur Ausfolgung gelangenden 200 Pfund Sterling vom Bevollmächtigten des Gesuchstellers laut Quittung des Ersteren v. 16. April 1887 behoben wurden. Es kommt nun im

ausserstreitigen Verfahren, welches, wie bereits erwähnt, Gesuchsteller selbst gewählt hat, dem Gerichte nicht zu, über die Frage abzusprechen, inwieferne der Bevollmächtigte des Gesuchstellers aus der ihm ertheilten Vollmacht berechtigt war, die oben erwähnte Abmachung zu treffen, und inwieferne diese Abmachung überhaupt als getroffen erwiesen sei; es erscheinen aber diese Umstände allein schon von wesentlichem Belange, weil der Belangte sogleich bei der ersten Tagfahrt am 25. Febr. 1888 erklärt und später wiederholt hat, dass er gegen Uebergabe einer dem Inhalte der Quittung v. 16. April 1887 analogen und mit Rücksicht auf das dermals schwebende Verfahren abgefassten Quittung bereit sei, die seit 16. Juli 1887 in Händen seines Vertreters befindlichen 200 Pfund Sterling auszubezahlen, und weil Belangter hierauf die weitere Einwendung stützt, es habe für seinen Sohn kein Anlass bestanden, am 15. Oct. 1887 die Hilfe des Gerichts anzurufen. Diese Erwägungen reichen allein schon hin, die Unlösbarkeit der Frage im ausserstreitigen Verfahren darzuthun, wonach in Anwendung des § 16 desselben dem a. o. Revisionsrecurse des Bel. Folge zu geben und unter Verwerfung des Revisionsrecurses des Gesuchstellers dessen Gesuch abzuweisen war. Ein Zuspruch der Kosten gebürt im ausserstreitigen Verfahren nicht.

358.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Zulässigkeit der grundbücherlichen Anmerkung der Realeigenschaft eines Gewerbes durch die Gerichte zur Herstellung der Uebereinstimmung des neuen Grundbuchs mit dem alten.

(E. 25. April 1889, Z. 4658.)

Ueber das Ansuchen des A um grundbücherliche Einverleibung der Realeigenschaft des freien Bier-, Wein- und Brantweinschanks auf der von ihm erworbenen Liegenschaft bewilligte der 1. R. blos die grundbücherliche Anmerkung und verständigte hievon die Interessenten und die BezH. als Gewerbebehörde. Ueber Recurs der Finanzprocuratur wies das OLG. das Gesuch des A gänzlich ab. Gründe: Da aus der vorgelegten Zuschrift der BezH. ersichtlich ist, dass die Verhandlung wegen Anmerkung der Realeigenschaft des freien Bier-, Wein- und Brantweinschanks auf der fraglichen Realität bei der politischen Behörde im Zuge ist, so ist im Sinne und nach Vorschrift der MVdg. v. 31. Oct. 1856 (RGB. 204) erst die von der zuständigen politischen Behörde erlassene Entscheidung, ob dem fraglichen Gewerbe die Realeigenschaft wirklich zukommt oder nicht, in das öffentliche Buch einzutragen. Hat nun der 1. R., ohne diese E. der zuständigen politischen Behörde abzuwarten, die Anmerkung der Realeigenschaft des fraglichen Gewerbes bewilligt, so hat er hiedurch der seinerzeitigen E. der zuständigen politischen Behörde vorgegriffen, weshalb über den Recurs der Finanzprocuratur der angef. Bescheid dahin abgeändert werden musste, dass das Gesuch des A um Anmerkung, bez. um Einverleibung der Realeigenschaft des fraglichen Gewerbes abgewiesen werde.

Der OGH. stellte den erstr. Bescheid wieder her, weil, wie aus dem E. des VGH. v. 15. März 1888, Z. 819, welches der Finanzprocuratur bekannt war, hervorgeht, die E. der Statth., welche das von der Gewerbebehörde auf Grund der MVdg. v. 31. Oct. 1856 (RGB. 204) eingeleitete Verfahren als ungesetzlich behob, da das angeblich radicierte Gewerbe in den öffentlichen Büchern noch gar nicht eingetragen war, bestätigt wurde; weil sonach durch die nach dieser E. erfolgte Anmerkung der Realeigenschaft des fraglichen Gewerbes, wodurch lediglich eine Berichtigung des neuen Grundbuchs verfügt wurde, um dasselbe mit dem früher bestandenen Grundbuche in Uebereinstimmung zu bringen, in die Competenz der Verwaltungsbehörde kein Eingriff geschah, vielmehr erst die Grundlage einer Amtshandlung für dieselbe im Sinne der MVdg. v. 31. Oct. 1856 (RGB. 204) geschaffen wurde, und weil demnach die Finanzprocuratur zur Einbringung eines Recurses gar nicht legitimiert erscheint.



359.

Anspruch des Notars auf eine Gebür für die ihm von dem Gerichte aufgetragene Vorlage der Urschrift einer Notariatsurkunde. (Zu § 50 NotO.)

(E. 13. Aug. 1889, Z. 9430.)

Das Steueramt in K richtete an das BG. nachstehendes Schreiben: Um dem Auftrage des Gebürenbemessungsamts entsprechen zu können, ersucht man um die gefällige Veranlassung, dass der Notariatsact Ehe- und Erbvertrag, geschlossen zwischen R als Bräutigam und S als Braut, ehethunlichst anher gesendet wird. In Erledigung dieses Ansinnens beauftragte das BG. den Notar A im Sinne des § 50 NotO. obigen Notariatsact binnen drei Tagen dem Gerichte vorzulegen behufs Uebersendung desselben an das Gebürenbemessungsamt. Der Notar entsprach diesem Auftrage, legte den Notariatsact vor, verzeichnete jedoch in seiner Vorlage-Eingabe die Kosten mit dem Ersuchen, dieselben als Gebüren zur Deckung bringen zu wollen. Das BG. adjustierte die angesprochenen Gebüren, lehnte jedoch die Einbringung derselben ab, da es sich nicht um Gebüren handelt, die anerwachsen sind durch Uebertragung eines dem Gerichte obliegenden Geschäfts an den Notar (§ 183 und § 30 Geb.-Tarif).

Das OLG. bestätigte den erstr. Bescheid in der Erwägung, dass das BG. die Vorlage des vorbezeichneten Notariatsacts nur über Ersuchen des Steueramts vermittelt hat und dass es sich um keine solche Gebüren handelt, für deren Deckung der Amtsverlag aufzukommen hätte oder deren Einbringung nach denjenigen Vorschriften zu veranlassen wäre, welche bezüglich der Einbringung der für gerichtliche Amtshandlungen zu entrichtenden Gebüren bestehen.

Ueber a. o. Beschwerde des Notars behob der OGH. beide untergerichtlichen EE. und trug dem BG. auf, das Steueramt in K um Einsendung des an den Beschwerdeführer auszufolgenden Betrags anzugehen, weil die Annahme, dass ein Notar im Falle des § 50 NotO. zu einer unentgeltlichen Thätigkeit verpflichtet sei, jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt, weil es dem Gerichte, welches sich infolge des Ersuchens einer anderen Behörde bestimmt fand, dem Beschwerdeführer die Vorlage der Urschrift eines Notariatsacts aufzutragen, auch obliegt, dafür Sorge zu tragen, dass die dadurch entstandenen Kosten vergütet werden, weil es der Behörde, von welcher die Anforderung ausgieng, zustehen wird, zu beurtheilen, ob je nachdem es sich hiebei um ein öffentliches oder ein Privatinteresse handelte, die entstandenen Kosten aus öffentlichen Geldern zu bestreiten oder von der betheiligten Partei einzuheben seien und weil demgemäss die durch § 16 des Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) gebotene Abhilfe gewährt werden musste. Gleichzeitig wurde dem BG. ausgestellt, dass es den ertheilten Auftrag erlassen hat, ohne sich vorher zu vergewissern, dass die Einsicht der Urschrift des gewünschten Notariatsacts erforderlich sei.

D. Civilprocess.

360.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Zuständigkeit der ersteren für Klagen wegen einer von einem Gemeindevorsteher zum Schutze des Gemeindeguts vorgenommenen Besitzstörung.

(E. 7. Mai 1889, Z. 5069.)

A belangte den B wegen Störung des Besitzes an ihrem Acker. Ueber die Einwendung des B, dass er die fragliche Handlung in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher zum Schutz der Gemeindewege, jedoch ohne Störung des kl.

Besitzes veranlasst habe, wies der 1. R. die Klage wegen Unzuständigkeit der Gerichte ab, „in der Erwägung, dass sich die vorliegende Klage gegen B persönlich richtet, dass aber dieser im Laufe der ersten Verhandlung einwendete, dass er die bezügliche Handlung, aus welcher die Kl. eine Störung im Besitze ihres Ackers ableitet, nur in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher und in Wahrnehmung der in den selbständigen Wirkungskreis der Gemeinde fallenden Fürsorge für die Erhaltung der Gemeindewege vornahm . . . .; dass die Kl. diese Eigenschaft der Handlung des Gekl. selbst dadurch anerkannt hat, dass sie, wie aus dem bezüglichen, von der hiesigen BezH. übersendeten Acte hervorgeht, wegen des gleichen Vorfalls auch bei der BezH. gegen B, und zwar in seiner Eigenschaft als Gemeindevorsteher eine Beschwerde einbrachte; dass aber alle Handlungen der Gemeinde, bez. des Gemeindevorstehers, welche die Erhaltung oder Verbesserung der Gemeindewege bezwecken, auf Grund des Landesges. für Steierm. v. 9. Febr. 1870 (LGB. 30) der Entscheidung der politischen Behörde unterliegen, und dass demnach im vorliegenden Falle das Gericht zur Verhandlung und Entscheidung unzuständig ist“ . . .

Die Oberinstanzen trugen dem 1. R. die Verhandlung über die Klage auf, der OGH. „in Erwägung, dass nach dem Vorbringen in der Klage die Kl. sich im Besitze des Ackers befindet und in diesem Besitze dadurch gestört wurde, dass der Gekl. einen nicht bestimmten Theil des Ackers abgraben liess, demnach der aus den behaupteten Thatsachen abgeleitete Anspruch die Eigenschaft einer Privatsache hat; in Erwägung, dass, im Falle die Klage auf ein privatrechtliches Verhältnis gestützt und der erhobene Anspruch als ein privatrechtlicher geltend gemacht wird, die Zuständigkeit des Gerichts zur Verhandlung und Entscheidung der Klage gegeben ist, und wenn nach durchgeführtem Verfahren der als privatrechtlicher erhobene Klageanspruch thatsächlich nicht begründet erscheint, dies nur die Abweisung der Klage als materiell unbegründet zur Folge haben kann.“

361.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Gerichte und der Verwaltungsbehörden: Unzuständigkeit der ersteren zur Entscheidung von Klagen wegen Verscheuchung des Jagdwilds durch Weideberechtigte.

(E. 17. Febr. 1885, Z. 1734.)

Die Klage des Jagdrechtbesitzers A gegen die Bauerngutsbesitzer B und C wegen Störung im Jagdbetriebe wurde in den Vorinstanzen in merito abgewiesen, vom OLG. aus folgenden Gründen: Die gekl. Bauerngutsbesitzer haben, indem sie, wie allgemein üblich, zum Treiben und Ueberwachen des Viehs von einem Hunde Gebrauch machten und Peitschen, welche von den sonst üblichen sich nicht unterscheiden, benützten, von dem ihnen zustehenden Weiderechte Gebrauch gemacht, das Weidevieh mit den gewöhnlichen Mitteln zu treiben und zu besorgen, allenfalls auch auf die Weideplätze herabkommende Gemsen, welche sich sogar in beträchtlicher Anzahl unter das Weidevieh mischten, durch Lärmen zu verjagen. Dass sie oder ihre Dienstleute dabei die rechtmässigen Schranken überschritten haben, dass sie einen übermässigen Gebrauch gemacht haben, dass sie namentlich absichtlich den Hund und die Peitschen angeschafft und verwendet haben, um das Jagdrecht zu schädigen, geht selbst aus den Aussagen der vom Kl. geführten Zeugen nicht bestimmt hervor. Wenn auch viele Gemsen das Jagdgebiet verlassen haben, so konnte doch der ursächliche Zusammenhang mit dem Gebrauche des Hunds und der Peitschen mit Rücksicht auf den beiläufig $19^1/_2$ Tagewerke betragenden Umfang des Weidegebiets nicht dargelegt werden.

Der OGH. hob die unterger. EE., sowie den über die Klage ergangenen Bescheid sammt dem auf Grund desselben durchgeführten Verfahren auf und wies den Kl. mit seinem Begehren an die politische Behörde. Gründe: „Es ist unbestritten, dass der Kl. Inhaber des Jagdrechts in dem Gebiete x ist und es ist ebenso wenig bestritten, dass den gekl. Alpenrechtsbesitzern auf der innerhalb des kl. Jagdgebiets gelegenen Alpe y das Weiderecht zusteht. Der Umfang der

sowohl dem Jagd-, als auch den Weideberechtigten in dieser Richtung zustehenden Rechte und Befugnisse ist durch die bestehenden besonderen administrativen Gesetze und Verordnungen geregelt. Insofern nun der Kl. in seiner Klage geltend macht, dass die gekl. Weideberechtigten angeblich unberechtigter Weise auf ihrem Weideterritorium einen Hund halten, dass die Hüter des Weideviehs unbefugterweise Knallpeitschen gebrauchen, den Hund zu fortwährendem Gebelle aneifern, dadurch, sowie durch lärmendes Geschrei die in seinem Jagdgebiete stehenden Gemsen verscheuchen und dadurch seinen Wildstand schädigen, während anderseits die Gekl. sich darauf berufen, dass alle vorerwähnten, als Störungen des kl. Jagdrechtsbesitzes bezeichneten Handlungen nur zum Alpenbetriebe notwendige und unerlässliche, weil nur den Schutz ihres Weiderechts bezweckende Maassnahmen seien; ist es klar, dass sich der vom Kl. anhängig gemachte Rechtsstreit nur um die Frage dreht, ob die gekl. Weideberechtigten durch die von ihnen zur Hintanhaltung des Wilds von ihren Weideplätzen ergriffenen Schutzmittel die Grenzen der aus ihrem Weiderechte fliessenden Befugnisse überschritten haben, und ob durch die Ausübung derartiger Handlungen in die dem Kl. zustehenden Jagdrechte unbefugterweise eingegriffen worden sei, über welche Frage aber nicht auf gerichtlichem Wege, sondern auf Grund der hierüber bestehenden politischen Vorschriften nur von den Administrativbehörden entschieden werden kann, daher denn auch die von dem unzuständigen Gerichte erfolgte Annahme der zum gerichtlichen Verfahren nicht geeigneten Klage und die auf Grund derselben durchgeführte Verhandlung nach den Hfd. v. 28. Oct. 1815 (JGS. 1187) und v. 5. Oct. 1816 (JGS. 1285), eine Nullität begründet, infolge welcher in Gemässheit des § 48 JN., die Aufhebung des bisherigen Verfahrens und der hierüber ergangenen unterger. EE. ausgesprochen werden musste. Es wird hieran auch dadurch nichts geändert, dass der Recurrent A selbst die richterliche Hilfe angerufen hat; dass von Seite der Gekl. eine Einwendung der Nichtgehörigkeit der Sache zum gerichtlichen Verfahren nicht erhoben worden ist, und dass der Recurrent auch noch in seinem Revisionsrecurse, ungeachtet er dort selbst die Unzuständigkeit des Gerichts geltend macht, doch das Begehren stellt, dass nach dem Klagspetite erkannt werden möge, weil das Gericht auch ohne einen darauf abzielenden Antrag der Parteien von Amtswegen verpflichtet ist, die Grenzen seiner Competenz zu wahren."

362.

Begründung des forum contractus durch einen Facturenvermerk über den Zahlungsort. Zulässigkeit einer die Hauptsache nicht berührenden Beweisführung bezüglich der eine Competenzfrage betreffenden Thatsachen.

Vgl. oben Nr. 59.

(E. 21. Mai 1889, Z. 6068. — II. Sen. — Beil. z. JMVdgsbl. 473.)

Wider die beim st.-del. BG. Alsergrund in Wien angebrachte Klage der protokollierten Maschinenfabrikantenfirma A in Wien gegen B, Landwirt in Cormons, wegen Zahlung des Betrags von 80 fl. als Kaufpreis einer Maschine wurde seitens des Gekl. die Einwendung der Unzuständigkeit erhoben und damit begründet, dass zwischen der kl. Firma und dem nach den kl. Angaben in Cormons wohnenden Gekl. ein Uebereinkommen, wonach die Zahlung des eingeklagten Betrags in Wien zu leisten sei, nicht getroffen wurde. Zur Entkräftung dieser Einwendung und Begründung des behaupteten forum contractus führen die Kl. zwei Beweise, und zwar darüber, dass sie dem Gekl. eine mit der Beilage x gleichlautende Rechnung mit dem Vermerk „Zahlbar in Wien" gesendet haben, durch den negativen, vom Gekl. zurückgeschobenen Haupteid und über die weitere Thatsache, dass der Gekl. die Rechnung erhalten habe, durch den dem Gekl. aufgetragenen negativen irreferiblen Haupteid.

Der 1. R. gab der Einwendung der Unzuständigkeit statt Gründe: Wenn es auch richtig ist, dass durch Annahme der Waare mit der Factura das forum contractus begründet wird, so ist doch Voraussetzung hiebei, dass eine Be-

stellung der Waare erfolgt sei. Diesbezüglich geben nun die Kl. selbst zu, dass sie einen Beweis darüber, ob Gekl. die ihm laut Rechnung zugesendete Maschine auch wirklich bestellt hat, anzubieten nicht in der Lage sind, da die in Rede stehende Bestellung von dem damaligen Agenten der Kl., der sich gegenwärtig in Amerika aufhalten soll, ihnen aufgegeben wurde. Da nun die Kl. betreffs der sowohl für den klägerischen Anspruch, als auch für die Beurtheilung der Zuständigkeit dieses Gerichts grundlegenden Behauptung über die Bestellung der Maschine seitens des Gekl. keinen Beweis anbieten konnten und durch die blosse Zusendung einer unbestellten Waare sammt Factura oder letzterer allein auch dann, wenn der Empfänger die unbestellte Waare und Factura nicht ungesäumt zurücksendet, weder ein Vertrag über das Hauptgeschäft, noch auch ein Uebereinkommen betreffs des Gerichtsstands begründet wird, so konnten auch die im vorliegenden Processe zur Entkräftung der Incompetenz-Einwendung seitens der Kl. angebotenen Beweise, dass sie eine mit der Beilage x gleichlautende Rechnung mit dem Vermerk „Zahlbar in Wien" an den Gekl. abgesendet und dass dieser sie erhalten habe, nicht weiter berücksichtigt und auf dieselben nicht erkannt werden, und musste der Incompetenz-Einwendung stattgegeben werden.

Ueber Appellation der Kl. erkannte das OLG.: Die Einwendung der Unzuständigkeit finde nur dann statt, wenn der Gekl. den ihm aufgetragenen unrückschiebbaren Haupteid dahin; „es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, dass er eine mit der Beilage x gleichlautende Rechnung erhalten habe", abgelegt haben wird. Die o. g. E. beruht auf folgenden Gründen: Hätte Bekl., wie die kl. Firma behauptet, der Gekl. aber widerspricht, eine mit dem Allegate x gleichlautende Rechnung thatsächlich erhalten, so würde der Gekl., da er nicht behauptet, diesen den Zahlungsort bestimmenden Vermerk beanständet zu haben und da aus der Nichtbeanständung dieses Vermerks die Zustimmung des Empfängers zu demselben zu folgern ist, wenn er überhaupt zu einer Zahlung für die an ihn expedierte Maschine angehalten werden kann (was gegenwärtig nicht zu untersuchen ist), die Zahlung in Wien leisten müssen, und zwar infolge der durch Vertrag geschehenen Bestimmung dieses Zahlungsorts, und wäre für den mit vorliegender Klage anhängig gemachten Rechtsstreit die Zuständigkeit des st.-del. BG. Alsergrund in Wien als Vertragsgerichtsstand nach § 43 JN. begründet. Der Gekl. hat zwar behauptet, dass er die fragliche an ihn expedierte Maschine nicht bestellt habe, dann, dass er Ende 1886 ein über eine von der kl. Firma an ihn adressierte Sendung ausgestelltes Aviso erhielt, dass er aber dieses dem Agenten der kl Firma zur Verfügung nach dem Willen der kl. Firma übergab. Allein auf diese Behauptungen kann bei Entscheidnng der Frage, ob das von der kl. Firma angerufene Gericht zur Entscheidung der Streitsache competent sei oder nicht, keine Rücksicht genommen werden, da sie schon das Meritum der Sache wesentlich mitberührt, worüber derzeit noch nicht geurtheilt werden darf.

Das o. g. U. wurde von dem Gekl. auch aus dem Grunde angefochten, weil durch den zugelassenen Haupteid zugleich ein Beweis für eine entscheidende, bezüglich der Hauptsache aufgestellte Behauptung geliefert und dadurch der Entscheidung in der Hauptsache vorgegriffen würde, was nach dem Hfd. v. 11. Sept. 1794 (JGS. 193) nicht gestattet sei.

Der OGH. bestätigte jedoch das o. g. U., wobei erwogen wurde, dass die Bestellung der an den Gekl. abgeschickten Maschine in der Einrede ausdrücklich zugestanden worden ist, der vorgeschützte Zweifel an der Identität des Streitgegenstands mit Rücksicht auf den in der Klage angegebenen Tag der Fälligkeit des Kaufpreises sich keineswegs als zureichend begründet darstellt, und als die Uebernahme des die zugeschickte Maschine betreffenden Avisos durch den Gekl. der Empfangnahme der Factura jedenfalls nachgefolgt sein muss; dass der Gekl. nicht einmal behauptet, eine Einwendung bezüglich des in der Factura angegebenen Zahlungsorts gegenüber der kl. Firma selbst nach Uebernahme des Avisos erhoben zu haben; und dass weder durch das Hfd. v. 11. Sept. 1794 (JGS. 193)[1],

[1] Ueber die Anfrage wegen der „declinatoria" oder „exceptionis fori" erging unterm 11. Sept. 1794, Z. 2994, an das k. galizische Appellationsgericht nachstehendes „Weisungs"-Decret, welches die Grundlage der in die JGS. aufgenommenen Publicationen bildet: „Dem k. Appellationsgericht wird in Erledigung des von ihm unterm 25. August d. J. (anher) einbe-



welches nur die Aussetzung der Entscheidung in der Hauptsache zum Gegenstande hat, noch durch irgend eine andere gesetzliche Bestimmung die Beweisführung bezüglich der die Competenzfrage betreffenden Thatsachen eingeschränkt worden ist.

363.

Begründung des forum contractus durch das Versprechen der Zahlung aus dem an einem bestimmten Ort befindlichen Vermögen.

(E. 19. Juni 1889, Z. 6314.)

A belangte den in Brasilien ansässigen B hierlands bei dem BG. G aur Zahlung von 1400 fl., weil er ihm ein Grundstück in Brasilien verkauft und dafür von ihm eine Vollmacht zur Behebung des Kaufschillings per 1400 fl. aus einem dem B in G angefallenen Erbtheil erhalten habe, welcher Erbtheil jedoch derzeit, weil mit einem Fruchtgenuss behaftet, nicht ausbezahlt werden könne. Die von dem Curator absentis des B erhobene Incompetenzeinrede wurde in erster und dritter Instanz verworfen, von letzterer aus Gründen: Das erstr. U. wurde wiederhergestellt, weil aus der als echt anerkannten, von dem Gekl. ausgefertigten Erklärung ddo. Porto Alegre hervorgeht, dass die Zahlung der Summe von 1400 fl. an den Kl. aus einem in G befindlichen Vermögen des Gekl. zu leisten war, hienach also die Verbindlichkeit in G erfüllt werden sollte, weil nach § 43 des kais. Pat. v. 20. Nov. 1852 (RGB. 251) der Gerichtsstand des Vertrags schon dann begründet wird, wenn der Ort, wo eine Zahlung geleistet oder eine andere Verbindlichkeit erfüllt werden soll, in einem Vertrage ausdrücklich bestimmt worden ist; weil dieser Gerichtsstand selbst dann wirksam bleibt, wenn der Gegenstand dieser Klage nicht mehr die ursprüngliche Verbindlichkeit, sondern selbst eine Aufhebung des Vertrags oder eine Entschädigung bildet; weil aus den bisherigen Satzreden nicht hervorgeht, dass der bezogenen Urkunde ein anderes Rechtsverhältnis als der in der Klage geltend gemachte Kaufvertrag zugrunde liegen würde; weil demnach der für die ursprünglich beabsichtigte Zahlung aus dem G'er Vermögen des Gekl. geschaffene Zahlungsort auch für das vorliegende Klagsbegehren nachwirkt und zu dem Gerichtsstande des Vertrags allerdings berechtigt.

364.

Handelsgerichtsbarkeit für Klagen gegen einen registrierungspflichtigen, wenn auch nicht registrierten Kaufmann aus Handelsgeschäften im Sinne des Art. 274 Hgb.

(E. 6. Juni 1889, Z. 6623).

Das vom HG. auf Grund eines Notariatsacts bewilligte Executionsgesuch des A wider die Eheleute B wurde vom OLG. wegen Incompetenz des angerufenen HG. abgewiesen, weil nicht eine Forderung aus einem der im Art. 271 Hgb. aufgeführten Handelsgeschäfte, oder eine der im § 39 des EinfG. zum Hgb. erwähnten Handelssache vorliegt, es sich vielmehr um die Eintreibung einer Darlehensforderung handelt, und selbst Streitigkeiten, welche wirklich aus den in den Art. 272 u. 273 Hgb. erwähnten Handelsgeschäften hervorgehen, nur dann zur Handelsgerichtsbarkeit gehören, wenn der belangte Theil eine Handelsgesellschaft oder ein Kaufmann ist, dessen Firma im Handelsregister

gleiteten Anfrageberichts des Tarnówer Landrechts in Betreff der von den streitenden Parteien angebrachten Exceptionis fori hiemit zur Belehrung bedeutet, dass allerdings, wenngleich erst bei der Tagsatzung die Einwendung des unbefugten Gerichtsstandes angebracht, und sich zugleich in der Hauptsache eingelassen wird, das Erkenntnis blos über die declinatoria fori zu schöpfen sei, jenes in der Hauptsache aber indessen, infolge der GO. § 40 und § 42 auf sich zu beruhen habe.

erscheint, gemäss § 47, Al. 2 JN. aber die Wahl eines besonderen Causalgerichtsstands für eine gemeine Rechtssache unstatthaft ist.

Der OGH. stellte den Bescheid des 1. R. wieder her, weil sich das in Frage stehende Rechtsgeschäft nach dem Inhalte des Notariatsacts, insbesondere aber nach den der Fortsetzung des Bierbezugs gewidmeten Bestimmungen als ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 274 Hgb. darstellt, weil ferner kein Umstand vorliegt, welcher ein der Registrierungspflicht der Firma B entgegenstehendes Hindernis erkennen liesse und weil eine Unterlassung der Erfüllung der durch Art. 19 Hgb. auferlegten Verpflichtung in keinem Falle einen die Competenz beirrenden Einfluss zu üben vermag.

365.

Uneinrechenbarkeit der Zeit, während welcher sich ein Advocaturscandidat mit Winkelschreiberei befasste, in die Advocaturspraxis.

(E. 26. Febr. 1889, Z. 1414.)

Der OGH. billigte die Weigerung der Advocatenkammer und des OLG., dem wegen Winkelschreiberei bestraften Advocaturscandidaten A die in der Zeit vom 3. April bis 15. Sept. 1888 geschöpfte Advocaturspraxis zu bestätigen, in der Erwägung, dass der Berufende gerade in der Zeit, für welche er die Bestätigung der Advocaturspraxis verlangte, die Winkelschreiberei in bedeutendem Umfange betrieben hat, daher die Advocaturspraxis im entsprechenden Maasse nicht geschöpft haben konnte; dass auch die Verweigerung der Bestätigung dieser Praxis keine Verschärfung des Disciplinar-Erkenntnisses bildet, sondern sich als eine aus dem Inhalte des Disciplinar-Erkenntnisses richtig gefolgerte Consequenz ergiebt.

366.

Kostenpflicht des wegen Besitzstörung Geklagten trotz der vor der Klage erfolgten Wiederherstellung des vorigen Stands.

(E. 3. April 1889, Z. 3784.)

Die Besitzstörungsklage der A gegen die B wurde über die Einwendung der Letzteren, dass sie den Störungsact nach einigen Stunden freiwillig wieder aufgehoben habe, vom 1. R. abgewiesen. Das OLG. anerkannte den letzten factischen Besitz der A und die Störung desselben durch die B, sprach jedoch die gegenseitige Kostenaufhebung aus, in Erwägung, dass mit Rücksicht darauf, dass die Gekl. den vorigen Stand hergestellt und den kl. Besitz anerkannt hat, die Kl. durch Einbringung ihrer die Anerkennung des thatsächlichen Besitzes bezweckenden Klage ein Mittel zur Rechtsverfolgung gewählt hat, für dessen Anwendung keine Notwendigkeit vorhanden war; und in Erwägung, dass dieselbe aus diesem Grunde keinen Anspruch auf den Ersatz der überflüssigerweise aufgewendeten Kosten habe.

Der OGH. billigte der A auch noch die Processkosten zu, in Erwägung, dass mit dem o. g. E. dem Klagebegehren stattgegeben wurde; dass die Anstellung der vorliegenden Klage als nicht notwendig nicht angesehen werden kann, weil die Klage wegen gestörten Besitzes nicht allein Anerkennung des Besitzes der Kl. und Wiederherstellung des früheren Zustands, sondern auch die Erwirkung eines gerichtlichen Verbots, durch welches, sowie durch die sich hieran schliessende Strafandrohung für den Fall erneuerter Störung der Kl. gegen weitere störende Handlungen des Gekl. Schutz gewährt wird (§ 339 bGb.) zum Zwecke hat; dass somit der Abgang von der im § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) aufgestellten Regel nicht gerechtfertigt erscheint.

367.

Kostenpflicht des Beweisführers zum ewigen Gedächtnis während des schwebenden Processes.

Vgl. Bd. V Nr. 333 u. Nachw., dann Bd. VI Nr. 375.

(E. 19. Febr. 1889, Z. 202.)

Die Untergerichte behielten den Ausspruch über den von dem Probaten B begehrten Ersatz der Kosten seiner Intervention bei der über Anlangen des A durchgeführten Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis dem Urtheil in dem Hauptstritte zwischen A als Kl. und B als Gekl. vor. Der OGH. ordnete den sofortigen Zuspruch dieser Kosten an: Denn B war berechtigt, bei der gegen ihn angesuchten Beweisaufnahme zu intervenieren, und insolange es nicht endgiltig entschieden ist, wem die durch diese Beweisaufnahme veranlassten Kosten zur Last zu fallen haben, kann ihm auch nicht zugemutet werden, die Interventionskosten aus Eigenem zu bestreiten, weil die Beweisaufnahme nicht in seinem, sondern nur im Interesse des Beweisführers stattfand, daher auch nur dieser Letztere nach dem im § 248 wGO. aufgestellten Grundsatze zur vorläufigen Bestreitung aller damit verbundenen Kosten verpflichtet ist. Hieran wird nichts geändert durch den Umstand, dass, wie hier, der Process, in welchem von der Beweisführung Gebrauch gemacht werden soll, bereits eingeleitet wurde, weil es einerseits noch ungewiss ist, ob überhaupt der Process bis zum Endurtheile geführt, und insbesondere, ob darin von dem aufgenommenen Beweise Gebrauch gemacht werden wird, anderseits aber die Selbständigkeit des Acts einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse es mit sich bringt, dass über den erhobenen Anspruch auf Ersatz der hiedurch veranlassten Kosten sofort entschieden werde. Diesemnach waren die angef. unterger. EE., als mit dem Gesetze nicht im Einklange stehend, in Anwendung des Hfd. v. 15. Febr. 1833 (JGS. 2593) abzuändern, und infolge dessen im Sinne des § 26 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) auch die Kosten des Appellations- nud Revisionsrecurses dem Beweisführer zum Ersatze aufzuerlegen.

368.

Zulässigkeit der bedingten Auftragung eines Haupteides: Unzulässigkeit desselben in dem Falle, als für das Widerspiel des Eidessatzes die halbe Probe hergestellt ist.

(E. 21. Mai 1889, Z. 4203. — II. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 472.)

Der Kl. war zur Hereinbringung einer ihr gegen A zuerkannten Forderung von 186 fl. die angeblich dem A gegen die Eheleute B und C zustehende Darlehensforderung per 200 fl. gerichtlich eingeantwortet worden: sie fordert nun von den Eheleuten die Zahlung der Schuld des A per 186 fl., behauptend, dass A sie oft ersucht habe, ihm Geld zu leihen, um damit seiner Schwester C in einer Executionssache auszuhelfen, dass sie ihm auch wirklich Geld geliehen, welches er der C gegeben zu haben vorgab und dass A entweder allein oder durch den D in mehreren Malen den Eheleuten B und C den ihr, Kl., eingeantworteten Gesammtbetrag von 200 fl. geliehen habe, welchen Betrag die Eheleute in Kürze in solidum rückzuzahlen sich verpflichtet haben. Ueber diesen Umstand berief sich die Klägerin auf die Zeugen A und D und trug den Gekl. den Haupteid irreferibel auf. Nachdem der Kl. der Zeugenbeweis nicht gelungen war, hat der 1. R. das Klagebegehren unbedingt abgewiesen; der 2. R. über Appellation der Kl. auf den erwähnten Haupteid aus nachstehenden Gründen erkannt: Die Kl., welche durch das executive Einantwortungsdecret in Betreff ber eingeantworteten Forderung in die Rechte ihres Schuldners A getreten ist, hat zu beweisen, dass dem A gegen die Gekl. die schon fällige und angeblich solidarisch zu zahlende Forderung von 200 fl. zusteht. Der Zeugenbeweis darüber ist nicht gelungen. Aber auf die negative Aussage des A kann kein Gewicht gelegt werden, weil er

alles Interesse hat, dass seine etwa bestehende Forderung durch die Execution ihm nicht verloren gehe, und durch die Aussage des D wird nicht ausgeschlossen, dass A doch ohne des Zeugen Intervention den Gekl. die 200 fl. geliehen habe. Es besteht demnach kein Anstand, die Entscheidung der Rechtssache von dem Haupteide über das von A den Gekl. gegebene Darlehen von 200 fl., welches in Kürze, also gewiss schon zur Zeit der Klage (§ 904 bGb.) zurückzuzahlen gewesen wäre, abhängig zu machen.

Der OGH. fand das U. des 1. R. wiederherzustellen. Gründe: Die Gekl. bezeichnen den o. g. zugelassenen Haupteid mit Rücksicht auf die Bestimmung des Hfd. v. 30. Oct. 1788 (JGS. 909) als unzulässig, da nach diesem Hfd. die Partei nicht befugt ist, unter dem Bedingnisse, „wenn sie mit ihren übrigen Beweisen nicht aufkommen sollte“, den Haupteid aufzutragen und der Richter über einen solchen bedingnisweise aufgetragenen Haupteid das U. nicht schöpfen könne. Allein die Gekl. übersehen hiebei, dass dieses Hfd. zu einer Zeit erlassen wurde, da nach Vorschrift der allgemeinen Instruction für die Justizstellen v. 9. Sept. 1785 (JGS. 464), § 84, auch bei Zulassung des Zeugenbeweises sofort ein bedingtes Endurtheil gefällt wurde. Dieses Hfd. erscheint jedoch durch das spätere vom 7. Juli 1835 (JGS. 42) derogiert, wonach der Beweis durch Zeugen oder Kunstverständige blos durch ein Beiurtheil, welches keine bedingte Entscheidung der Hauptsache zu enthalten hat, zuzulassen ist und der Richter berechtigt ist, ohne Rücksicht auf die abgeführte Weisung, mit der Schöpfung des Endurtheils vorzugehen, daher auch sicherlich bei misslungenem Zeugenbeweise auf den Haupteid erkennen kann. Gleichwohl stellt sich im vorliegenden Falle der Haupteid, auf welchen das OLG. erkannte, als unzulässig dar, jedoch aus einem anderen Grunde. Die von der Kl. zur Erprobung des Factums, woraus sie ihren Rechtsanspruch gegen die Eheleute B und C ableitet, geführten Zeugen haben dieses Factum nicht nur nicht bestätigt, vielmehr das Gegentheil ausgesagt, denn der Zeuge A hat ausdrücklich widersprochen, dass er je, sei es unmittelbar, sei es durch Vermittlung des D, den Eheleuten B und C irgend einen Betrag als ein Darlehen zugezählt habe, und der Zeuge D hat angegeben, dass er nie einen Betrag von A für die Eheleute B und C erhalten, vielmehr aus Eigenem der C mit Geld ausgeholfen habe, damit sie ihr gegenwärtiges Anwesen kaufen konnte. Die Aussagen dieser Zeugen muss die Kl. gegen sich gelten lassen, weil sie ja diese Zeugen selbst berufen hat und deshalb, weil durch diese Zeugenaussagen eine halbe Probe für das Gegentheil ihrer Behauptung bereits vorliegt, kann auf den vom OLG. zugelassenen Haupteid nicht erkannt werden.

369.

Anspruch des Gläubigers, welcher das Verbot auf eine angebliche Forderung seines Schuldners erwirkt hat, gegen den Drittschuldner auf eidliche Offenbarung des Guthabens seines Schuldners?

Vgl. Bd. IV Nr. 37; Bd. VI Nr. 138.

(E. 31. Jan. 1889, Z. 696.)

A erwirkte ein Verbot auf den seinem Schuldner C bei B angeblich aushaftenden Kaufschillingsrest. Ueber die Anzeige des B, dass er noch vor Zustellung des Verbotsbescheids den Kaufschillingsrest an C bezahlt habe, bat A unter Berufung auf die Bestimmungen der §§ 293 u. 294 wGO., sowie auf die Vorschriften des Hfd. v. 16. Dec. 1791 (JGS. 227) und des Hfkzd. v. 4. Juli 1846, Z. 22315, (Geller IV Nr. 316), um den Auftrag an B, das nach Zustellung des Verbotsbescheids in seinen Händen befindliche und den Restkaufschilling bildende Vermögen des C mittelst eines Eides zu manifestieren.

Das Begehren wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom OGH. aus dem Grunde, weil es dem A, wenn er als Verbotsleger vermeinte, dass B nach Zustellung des Verbotsbescheids und ungeachtet desselben den Restkaufschilling dem C ausgefolgt habe, freistand, seinen Schadenersatzanspruch gegen B geltend zu machen. Er hat aber einen anderen Weg gewählt, der ihn zum Ziele führen sollte.

Dieser Weg muss jedoch als ein verfehlter angesehen werden, weil einerseits B zum Kl. A in keinem Schuldverhältnisse steht und daher ihm gegenüber zur Angabe seines Vermögens nicht verhalten werden kann und anderseits hier von einem Nachlassvermögen oder von einer Vertuschung desselben keine Rede ist.

370.

Executionsfreiheit des Claviers eines Operettensängers.

(E. 25. April 1889, Z. 4488.)

Die vom 1. R. verfügte Ausscheidung des Claviers aus den gepfändeten Gegenständen wurde vom OLG. behoben in der Erwägung, dass nach § 2, Z. 4, des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74) bei Künstlern nur jene Sachen von der Execution ausgenommen und derselben entzogen sind, welche denselben zur Ausübung ihres Berufs erforderlich sind, von einem Claviere aber nicht gesagt werden kann, dass dasselbe zur Ausübung des Berufs eines Schauspielers und Operettensängers erforderlich ist, da er dasselbe zu seinen Productionen im Theater nicht bedarf und zum Studium seiner Rollen nur die Partitur und das Textbuch unumgänglich erforderlich sind.

Der OGH. fand den erstr. Bescheid zu bestätigen, weil die Eigenschaft des B als Operettensänger nicht bestritten wurde, und weil, wenn auch derselbe zu seinen Productionen im Theater eines Claviers nicht bedarf, er doch ein solches Instrument zum Einstudieren der ihm zugewiesenen Rollen, ohne welches Studium die Ausübung seines Berufs als Sänger nicht ermöglicht werden kann, benötigt, daher das in Pfändung genommene Clavier als ein in Gemässheit des § 2, Z. 4. des. Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74) der Execution entzogener Gegenstand betrachtet werden muss.

371.

1. Stellung des Erstehers einer zwangsweise versteigerten Liegenschaft den dinglich Berechtigten gegenüber. — 2. Behandlung eines Ausgedings bei der Zwangsversteigerung einer Liegenschaft. — 3. Relicitation unter geänderten Feilbietungsbedingnissen.

(E. 4. Dec. 1888, Z. 14032.)

Nach den Feilbietungsbedingnissen hatte der Ersteher die Liegenschaft mit dem darauf für X haftenden Wohnungsrechte zu übernehmen. Dessen ungeachtet widersetzte sich der Ersteher B der Zuweisung dieses Wohnungsrechts in natura und gerieth sohin in Verzug. Die Executionsführerin A begehrte deshalb die Relicitation der versteigerten Liegenschaft und zwar diesmal mit dem Anhange, dass dieselbe zuerst belastet mit der Verpflichtung zur Uebernahme der Servitut der Wohnung des X, und wenn hiebei nicht der gleiche Meistbot per 660 fl. wie bei der ersten Feilbietung erzielt werden sollte, ein zweitesmal ohne obige Belastung ausgeboten, und auch unter obigem Ausrufspreise per 660 fl. hintangegeben werde. Nachdem sich bei der über dieses Ansuchen angeordneten Vernehmung der Interessenten der Auszugsberechtigte X gegen, der frühere Ersteher B aber für den beantragten Anhang ausgesprochen, bewilligte der 1. R. die Relicitation mit jenem Anhange. Auf den Recurs des X änderte das OLG. diesen Bescheid dahin ab, dass die Relicitation auf Grund der ursprünglich festgestellten Licitationsbedingnisse vorgenommen werde; in der Erwägung, dass die Relicitation nicht als neue Execution, sondern nur als Fortsetzung und Wiederaufnahme der ursprünglichen Zwangsversteigerung erscheint, was auch daraus ersichtlich ist, dass ein bei der Relicitation event. erzielter, den ursprünglichen Meistbot und den Hypothekarschuldenstand übersteigender Mehrbetrag nicht dem Ersteher, sondern dem ursprünglichen Executen zugute kommt, obschon die Relicitation auf Kosten und Gefahr des ersten Erstehers stattfindet und dieser somit für den event. Ausfall am Meistbote haftet (E. des OGH. v. 9. April 1867, Z. 2899,

Glaser-Unger 2776); dass sonach die Feilbietungsbedingnisse bei der Relicitation dieselben sein müssen, unter welchen die vorhergehende Versteigerung stattfand, ausgenommen den Fall eines den gesetzlichen Vorschriften widerstrebenden Mangels, der im vorliegenden Falle nicht besteht, nachdem die fragliche Servitut aus dem Jedermann offenstehenden Grundbuche ersichtlich ist; dass Servitutsrechte durch die executive Feilbietung der Realität nicht erlöschen, sondern bei Vertheilung des Meistbots insoferne berücksichtigt werden müssen, als sie vor anderen Hypothekargläubigern, die am Meistbote participieren, grundbücherlich versichert sind, vorliegend der Execut selbst nur ein beschränktes Eigentumsrecht auf die Realität hatte, und eben nur dieses beschränkte Eigentumsrecht in Execution gezogen werden konnte (E. v. 4. Dec. 1860, Nr. 14077, Glaser-Unger 1241); dass dem Recurrenten mit der E. des OGH. v. 7. März 1888, Z. 2469, die Aufrechthaltung des ihm zustehenden Servitutsrechts gesichert wurde, soferne hiedurch nicht die vor erfolgter Einverleibung der Dienstbarkeit erworbenen Pfandrechte beeinträchtigt würden; dass eine solche Beeinträchtigung der vorlocierten Pfandgläubiger mit Rücksicht auf die cit. o. g. E., welche verfügte, dass der Ersteher über seinen Meisbot per 660 fl. hinaus zur Uebernahme der auf der Executionsrealität zu Gunsten des X haftenden Last der Dienstbarkeit der Wohnung verpflichtet sei, sowie mit Rücksicht auf die Höhe der Forderungen der vorlocierten Pfandgläubiger, sowie der subsidiären Haftung des Erstehers bis zur Höhe des von ihm gestellten Meistbots keine Rede sein kann; dass sonach X ein wohlerworbenes Recht darauf hat, dass der aufrechte Bestand seines Wohnrechts durch eine Relicitation nicht tangiert werde.

Vom OGH. wurde der erstr. Bescheid wieder hergestellt in der Erwägung, dass die Relicitation sich als eine Zwangsmaassregel darstellt, um trotz des Saumsals des Erstehers einer executiv versteigerten Liegenschaft in Erfüllung der Licitationsbedingnisse diese Liegenschaft zur Befriedigung der darauf versicherten Gläubiger geeignet zu machen, und dass aus § 338 aGO. keineswegs mit Notwendigkeit folgt, dass die Relicitation unter denselben Bedingungen erfolgen müsse, unter welchen die erste Feilbietung stattgefunden hat; dass A, da für ihre mit dem Vertheilungsbescheide v. 16. Oct. 1887 zum Zuge gelangte Forderung per 400 fl. das Pfandrecht am ersten Satze haftet, nicht verpflichtet ist zu dulden, dass der Realisierung dieses ihres Pfandrechts durch die bei dieser Realität erst am siebenten Satze zu Gunsten des X einverleibte Servitut der Wohnung Abbruch geschehe und, um dieses zu verhindern, die von A in Antrag gebrachte und vom 1. R. genehmigte Aenderung der Licitationsbedingnisse zweckentsprechend und geeignet erscheint, für die wieder zu versteigernde Executionsrealität einen möglichst hohen Meistbot zu erzielen.

372.

Bedingter Anwaltszwang im Summarprocess: Unzulässigkeit der Annahme einer nicht von der Partei selbst verfassten, von einem Notar gefertigten Eingabe selbst aus einem Orte, wo sich kein Advocat befindet.

(E. 10. April 1889, Z. 4135.)

Den von einem Notar gefertigten Recurs gegen die aufrechte Erledigung einer Eidesantretung fand das OLG. in der Erwägung, dass das den fraglichen Haupteid zulassende U. über eine zur summarischen Verhandlung verbeschiedene Klage ergangen ist, nach § 10 des Hfd. v. 24. Oct. 1845 (JGS. 906) aber die im Laufe des Processes vorkommenden schriftlichen Eingaben, wenn sie, wie im vorliegenden Falle, nicht vom Bittsteller selbst abgefasst sind, mit der Unterschrift eines Advocaten versehen sein müssen, unter Festsetzung einer Frist von fünf Tagen, binnen welcher derselbe verbessert zu überreichen ist, zurückzustellen. In dem dagegen eingebrachten Revisionsrecurse wurde geltend gemacht, dass nach dem JME. v. 18. April 1849, Z. 1249 (Geller IV. Nr. 655 § 10[1]) die Advocatenfertigung nicht erforderlich sei, wenn am Gerichtsorte nicht zwei Advocaten bestehen, und dass in Idria kein Advocat sich befinde. Auch wurde die gesetzte Frist als zu kurz bezeichnet. Der OGH. bestätigte jedoch die o. g. E. im Hin-

blicke auf die Bestimmung des § 10 des Hfd. v. 24. Oct. 1845 (JGS. 906) und in der Erwägung, dass die zur Wiedereinbringung des Recurses bestimmte Frist angemessen erscheint, mit dem Beisatze, dass der Recurs auch mündlich vom Recurrenten innerhalb der Frist von fünf Tagen beim BG. angebracht werden kann.

373.

Begriff des Lied- oder Arbeitslohns im Sinne des § 43 Z. 2 ConcO.: Rangordnung der Gehaltsforderung des Geschäftsführers eines Hôtels im Concurse.

(E. 5. Dec. 1888, Z. 13404. — GZ. 26.)

A war von B und C zum Geschäftsführer ihres Hôtels bestellt und ihm als Entlohnung ein Fünftel der Einnahmen, im Minimum aber 1000 fl. jährlich zugesichert worden. Nachdem über das Vermögen des B der Concurs eröffnet worden war, meldete A seine Lohnforderung pro rata temporis im Betrage von 375 fl. an und begehrte für sie die erste Classe. Dieses Begehren stellte er auch in der über die Ablehnung des CMVerwalters gegen denselben erhobenen Liquidierungsklage, wurde aber damit vom 1. R. abgewiesen. Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren. Gründe: Wenn der gekl. CMVerwalter in dem Vertrage vom 24. Dec. 1884 keinen Lohnvertrag, sondern ein Mandatum mit Societätsverhältnis erblicken will, so erscheint diese Anschauung dem Wortlaute dieses Vertrags nach und mit Hinblick auf § 1151 bGb. unhaltbar, weil die Uebernahme der Geschäftsführung in einem Hôtel naturgemäss persönliche Dienstleistungen des Unternehmers bedingt, und weil im Vertrage dem Kl. als Uebernehmer dieser Dienstleistungen unter allen Umständen ein ziffermässig bestimmtes, zu fünf Abschnitten im Jahre fälliges Minimal-Jahressalair zugesichert erscheint, somit alle Criterien des Lohnvertrags nach dem Gesetze vorliegen und dieselben dadurch nicht alteriert werden, dass möglicherweise das Jahressalair auf 20 Percent des Reingewinns aus dem Geschäftsbetriebe erhöht werden kann. Steht aber fest, dass ein Lohnvertrag vorliegt, dann gebürt dem Kl. für seine etwa ersiegte Forderung zweifelsohne nach § 43 Z. 2 der CO. die erste Classe im B'schen Concurse, weil eben der Kl. als eine im Hôtelgewerbe des Gemeinschuldners dauernd angestellte Person anzusehen ist und einen Theil des Dienstlohns für das letzte Jahr vor der Concurseröffnung beansprucht.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus nachstehenden Gründen: Es bildet lediglich die der kl. Forderung zuerkannte erste Classe den Gegenstand der oberstr. Beurtheilung, welche bei dem Umstande, als die vom CMVerwalter aufgestellte Behauptung, es sei unter dem im Abs. 2 des § 43 CO. erwähnten Lied- oder Arbeitslohn lediglich der Lohn der Dienstboten oder solcher Arbeiter gemeint, welche physische Arbeit verrichten, und es sei Kl. unter keine dieser Kategorien gehörig, weder in dem genannten Paragraph der CO., noch im Gesetze vom 8. März 1885 (RGB. 22) Unterstützung oder Anhalt findet, der o. g. E. umsomehr beitreten und diese bestätigen muss, als die im § 78 des zuletzt erwähnten Gesetzes berührten Löhne der Hilfsarbeiter doch unzweifelhaft Arbeitslöhne sind, § 78 b aber den Hilfsarbeitern betreff der Auszahlung der Löhne ausdrücklich die Geschäftsführer und Beauftragten gleichstellt, Kl. aber diese Eigenschaft selbst nach dem Zugeständnisse des CMVerwalters bekleidet hat.

E. Strafrecht und Strafprocess.

374.

470. Zum § 81 StG. In den Amtsbereich des zum Vollzuge einer Mobilarfeilbietung behördlich entsendeten Commissärs fällt auch das Ausfolgen der Sachen an den Ersteher und dessen Sicherung im Wegbringen derselben aus dem Feilbietungslocale.

(E. 18. Mai 1889, Z. 2933. — Vors.: Hofr. v. Harrasowsky; GP.: GP. v. Cramer; V.: Dr. A. Prinzinger.)

Gründe: . . . Durch das angef. U. wurde festgestellt, die Angekl. (Gattin des Executen) habe einer Partei das Fortschaffen eines von derselben meistbietend erstandenen Sessels verwehrt und als deshalb der Steuerexecutor H intervenierte und den Sessel ergriff, ihm denselben entrissen und, um die Vollziehung des obrigkeitlichen Auftrags zu verhindern, ihm einige Stösse auf die Brust versetzt, so dass er zurückweichen musste. In den Urtheilsgründen wird auch als erwiesen angenommen, dass das Feilbietungsprotokoll damals noch nicht abgeschlossen, H somit noch in der Dienstesverrichtung begriffen war. Dieser Sachlage gegenüber erweist sich die Anwendung des § 81 StG. als ganz zutreffend. Die in der Beschwerde erhobene Einwendung, dass die Function des Feilbietungecommissärs mit dem Zuschlage der Sache beendet und dass er zu einer Uebergabe der Sache an den Ersteher weder verpflichtet noch berechtigt sei, entspricht weder der Natur der Sache noch der Rechtslage, wonach der Zuschlag nur den Abschluss des Kaufgeschäfts bestätigt, während die Uebertragung des Eigentums durch die Uebergabe der Sache bedingt ist. In der Dienstesinstruction für Steuerexecutoren (FME. v. 4. März 1878, Z. 2702), welche für den gegebenen Fall in Betracht kömmt, findet sich auch die Bestimmung, dass die erstandenen Gegenstände nur gegen sofortige baare Bezahlung ausgefolgt werden dürfen; das Ausfolgen der erstandenen Gegenstände liegt daher nicht ausserhalb des Amtsbereichs des feilbietenden Beamten, vielmehr lassen auch die §§ 20 und 22 der Feilbietungsordnung v. 15. Juli 1786 (JGS. 565) keinen Zweifel darüber, dass das Ueberwachen der Ausfolgung der erstandenen Gegenstände einen Theil der Amtshandlung bildet. Es erscheint daher derjenige, der die Feilbietung leitet, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von amtswegen einzuschreiten, wenn der Execut oder dessen Leute dem Ersteher, der (gemäss § 22 der Feilbietungsordnung) allerdings die ihm übergebenen Gegenstände aus dem Auctionslocale wegzubringen hat, daran hindern und ist es daher auch aufliegend, dass der Feilbietungscommissär bei diesem wesentlichen Acte, der die unerlässliche Garantie gewährt, auf welche die Kauflustigen nach der Natur der Sache rechnen müssen, den besonderen gesetzlichen Schutz des § 68, bez. § 81 StG. geniesst.

375.

471. Verjährung einer Uebertretung der Waffenvorschriften, wenn solche mit einer anderen, den Gerichten zur Entscheidung zugewiesenen strafbaren Handlung im Zusammenhange steht.

(E. 18. Mai 1889, Z. 3739. — Vors.: Hofr. v. Harrasowsky; GP.: GP. v. Cramer.)

Josef S, welcher sich, obgleich zum Waffentragen nicht befugt, zur widerrechtlichen Erlegung und Wegnahme von Wild eines Gewehrs bediente, wurde deshalb wegen Verbrechens des Diebstahls und Uebertretung des § 36 des kais. Pat. v. 24. Oct. 1852 (RGB. 223) vor dem KG. angeklagt. Nur des Diebstahls erkannte ihn das U. des KG. schuldig; von der Anklage wegen der Uebertretung des Waffentragens wurde er auf Grund des § 4 der MVdg. v. 3. April 1855 (RGB. 61) wegen Eintritts der Verjährung freigesprochen. Gegen diese Freisprechung kehrt sich die NB. der StA. Darin wird, gestützt auf Abs. 9 b des § 281 StPO. und auf die oberstger. E. vom 3. Mai 1854, Z. 4515 (480 der

Glaser'schen Sammlung) verweisend, ausgeführt: „Zur politischen Competenz gehören nach § 1 der im U. bezogenen MVdg. Gesetzesübertretungen, „welche nicht durch das allgem. StG. v. 27. Mai 1852 als strafbare Handlungen erklärt sind, und rücksichtlich welcher das Verfahren nicht durch besondere Vorschriften ausdrücklich anderen Behörden zugewiesen ist.“ Nur für diese gilt, seinem ausdrücklichen Wortlaute nach, der § 4 jener Verordnung, welchem gemäss Untersuchung und Bestrafung „ohne weitere Bedingung“ zu entfallen hat, „wenn vom Zeit-Zeitpunkte der begangenen Uebertretung drei Monate verstrichen sind, ohne dass hierüber ein Verfahren eingeleitet worden ist.“ In Ansehung der Uebertretung des § 36 des kais. Pat. vom 24. Oct. 1852 (RGB. 223) ist aber nach § 40 desselben die Zuständigkeit der politischen Behörde nur unter der hier nicht zutreffenden Voraussetzung begründet, dass „weder erschwerende Umstände eintreten, noch die Ausserachtlassung der Vorschriften über das Waffentragen mit einer anderen, den Gerichten zur Entscheidung zugewiesenen strafbaren Handlung im Zusammenhange steht.“ Mangels besonderer, die Verjährung regelnder Bestimmungen des kais. Pat. v. 24. Oct. 1852 (RGB. 223) kommen daher für den gegebenen Fall die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze in Betracht. Da nun die Strafsanction des § 37 des erwähnten Patents auch bei unbenannten Erschwerungsumständen (§ 281, Z. 11 StPO.) verhängt werden kann, da also in den §§ 36 u. 37 des Patents dem Wesen nach nur ein bis 300 fl. oder drei Monate Arrest reichender Strafsatz angedroht ist, nach welchem die Verjährungsfrist ein volles, bisher nicht verstrichenes Jahr beträgt, so liegt die Rechtsirrtümlichkeit des angef. Urtheilspunkts offen zu Tage.

In der Verhandlung vor dem Cassationshofe erklärte sich der GP. für den Standpunkt der StA. Der Cassationshof aber verwarf die Beschwerde aus folgenden Gründen: .... Die in Frage stehende Uebertretung des § 36 des Waffenpatents liegt ausserhalb des Bereichs des allg. StG. und fällt demnach unter die Anwendung der Vdg. v. 3. April 1855 (RGB. 61). Die processuellen Anordnungen dieser Vdg. konnten allerdings im vorliegenden Falle, infolge der einer Rücksicht processueller Zweckmässigkeit entsprechenden Anordnung des § 40 des Waffenpatents, nicht zur Anwendung gelangen. Hierin ist aber ein Grund dafür, auch die Anwendung der im § 4 der erwähnten Verordnung enthaltenen materiellen Bestimmung auszuschliessen, welche die Verwaltungsstrafgesetze durch Aufstellung einer Verjährungsnorm ergänzt, keineswegs zu finden. Die Verjährungsnormen, welche der Natur des Delicts anzupassen sind, lassen sich in keiner Weise als von der Regelung der Competenz zur Verfolgung, Untersuchung und Bestrafung der Delicte abhängig denken. Ebensowenig als durch eine Ueberweisung der processuellen Amtshandlungen bezüglich einzelner im allgem. StG. behandelter Uebertretungen in den Wirkungskreis von Verwaltungsbehörden die Anwendung der im allgem. StG. enthaltenen Verjährungsbestimmungen ausgeschlossen werden könnte, ebensowenig vermag das ausnahmsweise Eintreten der gerichtlichen Competenz bezüglich eines zum Gebiete des Verwaltungsstrafrechts gehörigen Delicts der Anwendung der Verjährungsnorm dieses Rechtsgebiets entgegenzustehen. Hieraus ergiebt sich, dass die vom Erkenntnisgerichte vorgenommene Anwendung des § 4 der erwähnten Verordnung sich nicht als eine rechtsirrtümliche bezeichnen lässt ....

376.

Rechtliche Qualification des im Strafverfahren vor einer Verwaltungsbehörde falsch abgelegten Zeugnisses: Betrug oder Falschmeldung?

(PlenE. 23. Mai 1889, Z. 3167. — Vors.: 1. SP. Dr. Habietinek; GP.: GA. Dr. Schrott.)

Gründe: B, Tischlergehilfe, wurde der BezH. wegen unangemeldeten Betriebs des Tischlergewerbes angezeigt. Bei der über diese Anzeige nach §§ 14, bez. 11 des Ges. vom 15. März 1883 (RGB. 39) und nach § 132a der GewO. v. 20. Dec. 1859 (RGB. 227) eingeleiteten Strafamtshandlung vom 11. August, bez. 25. Sept. 1888, gab B an, er stehe als Geselle im Dienste des Tischler-

meisters K in Krainburg und verrichte im Auftrage desselben die beim Schulhausbaue in St Georgen erforderlichen Tischlerarbeiten (welche eben den Gegenstand der Anzeige bildeten). A, Unternehmer des Schulhausbaues in St. Georgen, über die Angaben des B als Zeuge vernommen, bestätigte dieselben dem vollen Inhalte nach und gab an, die betreffenden Tischlerarbeiten bei K, dem angeblichen Arbeitgeber des B, bestellt zu haben. Nachdem jedoch K bei seiner Vernehmung die Erklärung sowohl des B als des A als unwahr bezeichnet hatte, gestand A bei der BezH. ein, er habe sich mit B verabredet, die erwähnten unwahren Aussagen abzugeben, um dadurch den B von Strafe zu befreien und die Weiterführung der Arbeiten durch denselben zu ermöglichen. Das gegen A seitens der BezH. gefällte Straferkenntnis, womit derselbe nach § 12 al. 1 der kais. Vdg. v. 20. April 1854 (RGB. 69) wegen Mangels der einer Behörde schuldigen Achtung, bethätigt durch eine lügenhafte Zeugenaussage vor derselben, zu einer Geldstrafe von 30 fl. verurtheilt wurde, gelangte im Beschwerdezuge an die Landesregierung in Laibach, welche dasselbe am 15. Nov. 1888 unter Z. 11162 behob, und die Abtretung der Acten an die Gerichtsbehörde verordnete. Die StA. Laibach leitete die Acten am 3. Dec. 1888 an das BG. Krainburg mit der Erklärung, dass sie eine Verfolgung wegen Verbrechens oder Vergehens nicht anzuregen finde, hingegen beantrage, gegen B und A wegen der Uebertretung nach § 320e, bez. §§ 5 u. 320e StG. zu verfahren, begangen dadurch, „dass sie sich verabredeten, der Behörde gegenüber fälschlich anzugeben, B sei bei K als Tischlergeselle bedienstet und besorge in dessen Namen die Tischlerarbeiten beim Schulhausbaue in St. Georgen; dass sie sohin bei der BezH. am 11. August und bez. 25. Sept. 1888 in diesem Sinne ihre Angaben machten; dass sonach B eine Staatsbehörde mit falschen Angaben über seine Dienstverhältnisse auf eine Weise hintergangen hat, wodurch die öffentliche Aufsicht irregeführt werden kann, A aber durch seine Zeugenaussage dem B Vorschub gegeben und zur sicheren Vollstreckung der That beigetragen hat.“ Dieser Auffassung entsprach vollständig das U. des BG. v. 15. Dec. 1888, mit welchem beide Angekl. im Einklange mit der Anklage schuldig erkannt und zu entsprechenden Strafen verurtheilt wurden.

Infolge Berufung des A gegen den Ausspruch im Punkte der Schuld und der Strafe gelangten die Acten an das LG. Laibach als Berufungsinstanz in Uebertretungssachen, welches mit dem Urtheile v. 18. Jänner 1889 die Berufung des A zurückwies, dagegen in Anwendung des § 477 StPO. den B von der Anklage wegen Uebertretung des § 320e StG. nach § 259 StPO. freisprach. Das Berufungsgericht geht von der Anschauung aus, dass die dem Berufungswerber A zur Last fallende Handlung nicht die Uebertretung nach §§ 5 und 320e StG., vielmehr jene nach §§ 461 und 197 StG. begründe, lässt aber in Erwägung, dass A bei Anwendung dieses Gesetzes einer strengeren Strafe verfallen wäre, das erstr. U. unberührt. Seine abweichende Anschauung betreffs der Qualification des für A festgestellten Thatbestandes begründet das Berufungsgericht folgendermaassen: „Mit seiner falschen Aussage hat A die BezH. betreffs der Frage täuschen wollen, ob B ein Recht zur selbständigen Ausübung des Tischlergewerbes habe oder nicht; der Angekl. beabsichtigte also, den Staat — denn die BezH. ist ein Organ der Staatsgewalt — durch lügnerische Aussagen in seinem Rechte zu schädigen, die GewO. gesetzmässig durchzuführen und es nach Möglichkeit zu hindern, dass sich die Staatsbürger den Vorschriften der GewO. entziehen. Indem der 1. R. diese Handlung des A der Bestimmung des § 320e StG. unterstellte, hat er die Nichtigkeit nach § 281/10 StPO. begangen; denn § 320e StG. spricht von „Falschmeldung“, also von falschen Angaben über den Stand oder die persönlichen Verhältnisse, durch welche die öffentliche Aufsicht irregeführt werden kann. Diese strafgesetzliche Bestimmung bezweckt also lediglich, den staatlichen politischen Behörden die unbehinderte Ausführung ihrer Aufgabe zu ermöglichen, dahin gehend, die Bevölkerungsbewegung zu beaufsichtigen, eine Uebersicht über den Stand, die Zahl, die Wohnung der Staatsangehörigen u. s. f. zu besitzen. Der Uebertretung nach § 320e StG. macht sich also nur derjenige schuldig, welcher das polizeiliche Aufsichtsrecht der staatlichen (politischen) Behörden verletzt. Dies hat A nicht gethan, er wollte vielmehr das Recht des Staats schädigen und in einem besonderen Falle die Durchführung der GewO. hindern. Lügnerische Zeugenaussagen in solchen Untersuchungen der

politischen Behörden, bei denen es sich um andere Interessen des Staats, als es die öffentliche Aufsicht ist, handelt, sind Betrügereien nach § 197 StG. und als Uebertretungen nach § 461 StG. zu bestrafen, wenn sich der beabsichtigte oder zugefügte Schaden nicht schätzen lässt." Die nach § 477 StPO. erfolgte Freisprechung des B von der Anklage wird damit begründet: Derselbe habe nach Ansicht des Gerichtshofs keine strafbare Handlung begangen, denn er habe sich nur als Beschuldigter verantwortet. Sei aber eine unwahre Verantwortung selbst bei Verbrechen nicht strafbar, so könne auch B keiner Strafe unterliegen, wenn er sich wegen einer Uebertretung der GewO. falsch verantwortet habe. Es sei ferner nicht bewiesen, und auch der 1. R. habe es nicht für bewiesen erachtet, dass B den A zur falschen Aussage angestiftet habe, vielmehr sei gerade umgekehrt anzunehmen, dass A der Urheber des ganzen Anschlags sei. Es sei daher durch Anwendung des § 320 e StG. auf eine unsträfliche That die Nichtigkeit des § 281/9 a StPO. begründet.

Rechtsirrtümlich erscheint das U. des Berufungsgerichts in jenem Theile, mit dem B von der Anklage freigesprochen worden ist. Da die Handlungsweise des B nur dann richtig beurtheilt werden kann, wenn die Thätigkeit des A, mit welcher jene des Mitangekl. B auf das Innigste verbunden erscheint, eine dem Gesetze entsprechende Würdigung erfährt, so ist zunächst die Qualification der dem A zur Last fallenden That zu besprechen. Der Auffassung des Berufungsgerichts, wornach die falsche Aussage, welche A zu Gunsten des B im Laufe des gegen den Letzteren bei der BezH. anhängigen Strafverfahrens abgelegt hat, nicht als Uebertretung nach § 320 e StG., vielmehr als jene des Betrugs nach § 461 StG. sich darstelle, ist beizutreten. Beschränkt sich auch der von § 320 e StG. gewährte strafrechtliche Schutz nicht auf falsche Angaben vor Polizeibehörden, umfasst er vielmehr nach dem Wortlaute des Gesetzes alle falschen Angaben (über die daselbst verzeichneten Verhältnisse), welche „an die Polizei- oder sonst eine Staats- oder Gemeindebehörde" insbesondere also auch an Gewerbebehörden — erstattet werden[1], so muss doch anderseits ebenfalls mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 320 StG. im Ganzen und jenen der zugehörigen Randrubrik (Ueberschrift), dann insbesondere auf den Inhalt und die Entstehungsgeschichte des § 320 e StG., welcher dem § 78 e des StG. über schwere Polizeiübertretungen von 1803 mit den durch das Hfkzd. vom 26. März 1833, Z. 6428, normirten Ergänzungen entspricht, anerkannt werden, dass, wenn § 320 e StG. von falschen Angaben spricht, die Jemand über seinen Namen, seinen Stand, seinen Geburtsort oder sonst über seine persönlichen Verhältnisse in einer Weise macht, dass die öffentliche Aufsicht dadurch irregeführt werden kann, sich daraus zwei Folgerungen ergeben, die eine: dass immer nur solche falsche Angaben in Betracht kommen, die der Angebende über seine eigenen persönlichen Verhältnisse macht; die andere: dass auf Seite des Thäters nur die Absicht vorliegen darf, die öffentliche Aufsicht irre zu führen (eine Absicht, die nach § 320 e, Absatz 2, nicht einmal notwendig mit der That verbunden zu sein braucht), keineswegs aber eine weiter reichende Schädigungsabsicht. Prüft man nun den betreffs des A festgestellten Thatbestand unter den eben dargelegten Gesichtspunkten, so zeigt sich, dass § 320 e StG. auf denselben aus dem zweifachen Grunde nicht zur Anwendung gelangen konnte, weil A's Aussage nicht dessen eigene persönliche Verhältnisse betraf, er vielmehr als Zeuge eine falsche Angabe des B vor der Behörde bestätigte; und dann, weil es sich im Zeitpunkte, in welchem A seine Aussage ablegte, nicht — oder wenigstens nicht ausschliesslich — um Erforschung jenes Dienstverhältnisses vom Standpunkte der gewerbepolizeilichen Aufsicht handelte, in welchem B dem K gegenüber zu stehen behauptete, die BezH. vielmehr ihre Strafgewalt gegen B wegen unangemeldeten Betriebs des Tischlergewerbes auszuüben im Begriffe stand. Es lag demnach auf Seite des A nicht blos eine Irreführung der Behörde in ihrem Aufsichtsrechte, welches das ausschliessliche Schutzobject des § 320 e StG. bildet, sondern eine viel weitergehende Schädigungsabsicht vor, gerichtet gegen die unbeirrte Ausübung der Strafbefugnis seitens der vom Staate mit Ahndung der Uebertretungen der GewO. betrauten politischen

[1] Siehe E. v. 15. Dec. 1853, Z. 13029 (Nr. 408 der Glaser'schen Sammlung).

Bezirksbehörde. Und darum erscheint die Auffassung des Berufungsgerichts, welches in der Handlung des Angekl. A die Uebertretung nach § 461 StG. erkennt, vollkommen gesetzlich, während die seitens der ersten Instanz erfolgte Anwendung des § 320 e StG. den Angekl. ungerechtfertigt begünstigt. Dass die falsche Zeugenaussage, mag sie nun vor dem Civil- oder Strafrichter, oder vor einer anderen öffentlichen Behörde abgelegt sein, die allgemeinen Merkmale des Betrugs (§ 197 StG.) in sich schliesst, kann nach österreichischem Rechte keinem Zweifel unterliegen, da ja § 199 a StG. das falsche (beeidete und unbeeidete) Zeugnis, wenn vor Gericht abgelegt, „unter den Bedingungen des § 197" als Verbrechen des Betrugs erklärt, das falsche Zeugnis also nach österreichischem Gesetze nur eine qualificierte Art des Betrugs ist. In der That finden sich im falschen Zeugnisse, ob nun vor Gericht oder vor anderer öffentlicher Behörde abgelegt, die Merkmale der listigen, auf Irreführung berechneten Handlung zum Zweck der Schädigung des Staats in seinen Rechten. Beim falschen gerichtlichen Zeugnis ist das gefährdete Object die staatliche Rechtspflege im engeren Sinne, beim falschen Zeugnis vor der Verwaltungsbehörde die staatliche Verwaltung, bez. die Judicatur der betreffenden Verwaltungsbehörde. Lediglich auf positiver gesetzlicher Anordnung beruht es, dass unser Strafgesetz aus der ganzen Gruppe der falschen Zeugenaussagen nur die gerichtlichen (wohl wegen ihrer grösseren Gefährlichkeit) hervorhebt und zum Verbrechen des Betrugs aus der Beschaffenheit der That stempelt. Die übrigen nicht in dieser Weise qualificierten falschen Zeugenaussagen, so jene des Angekl. A, werden damit den nicht qualificierten Betrugsfällen zugewiesen, welche, soferne sie nicht mit Rücksicht auf den Betrag nach § 200 StG. sich zum Verbrechen eignen, nach den §§ 205 und 461 StG. (in denen ausdrücklich auch § 199 StG. berufen ist) als Uebertretungen zu ahnden sind. Hat aber das Berufungsgericht mit Recht anerkannt, dass A eigentlich der Strafe nach § 461, bez. 460 StG., verfallen sei und wurde daher das erstr. U. betreff des A nur deshalb unberührt gelassen, weil der Angekl. durch Anwendung des § 320 e StG. zu günstig behandelt worden war und eine Berufung des öffentlichen Anklägers nicht vorlag, so war die Freisprechung des Mitangekl. B von der Anklage nicht gerechtfertigt. Die Erwägung, dass B, weil als Beschuldigter vernommen, nicht zur Angabe der Wahrheit vor der politischen Strafbehörde verpflichtet war, bildet keinen ausreichenden Grund, für die Freisprechung des Angekl.; denn es fällt dem B nicht nur zur Last, dass er vor der Behörde als Beschuldigter eine falsche Aussage gemacht, sondern auch (wie die erste Instanz mit rechtskräftigem, weil nicht angefochtenem Erkenntnisse festgestellt hat), dass er sich mit A über die von diesem bei der BezH. abzugebenden unwahren Zeugenaussagen vorher verabredet und auf Grund dieser Verabredung jene falschen Angaben (in eigener Sache) gemacht hat, die A dann in der Eigenschaft eines Zeugen als wahr bestätigte. Diese Thatsachen begründen ohne Zweifel Mitschuld (§ 5 StG.) des Angekl. B an der dem Angekl. A zur Last fallenden Uebertretung des § 461 StG. Der vom Berufungsgericht hervorgehobene Umstand, dass B den A nicht zum falschen Zeugnis angestiftet habe, letzterer vielmehr der intellectuelle Urheber der That sei, konnte nur ein Hindernis für die Verurtheilung des B wegen Bewerbung um falsches Zeugnis bieten, keineswegs aber ihn von Zurechnung der Mitschuld (nach den allgemeinen Normen des § 5 StG.) an dem von A abgelegten Zeugnisse befreien, wie sich dieselbe aus den Feststellungen des 1. R. ergab. Nachdem also B bei richtiger Anwendung des Gesetzes (§§ 5, 461 und 460 StG.) strenger zu behandeln gewesen wäre, als es thatsächlich der Fall war, indem gegen ihn von der 1. Instanz lediglich § 320 e StG. zur Anwendung gebracht wurde, war der Fall der Anwendung des § 477 StPO. nicht gegeben und der von der Berufungsinstanz gefällte Freispruch des B widerspricht dem Gesetze. Gemäss § 292 StPO. ist der gegenwärtige Ausspruch ohne Wirkung auf den Angekl. B.

377.

475. Die Mitglieder der nach dem Gesetze für Mähren vom 10. Februar 1884 (LGB. 28) gewählten Delegiertenversammlung sind bei Ausübung des Rechts, Districtsärzte zu ernennen oder vorzuschlagen, als Beamte im Sinne des § 101 StG. anzusehen.

(E. 24. Mai 1889, Z. 2777. — Vors.: Hofr. Wieser; GP.: OLGR. v. Ruber; V.: Dr. Krebs.)

Gründe: Festgestellt wurde, dass Angekl. als Obmann der nach § 5 des Ges. v. 10. Febr. 1884 (LGB. für Mähren Nr. 28) gewählten Delegiertenversammlung des Ungarisch-Brod-Vltschnauer Sanitätsdistricts, anlässlich der Erstattung des dieser Delegiertenversammlung nach § 7, Z. 2 dieses Gesetzes obliegenden Vorschlags zur Besetzung der Stelle des Districtsarztes einzelne Delegierte durch Geldversprechungen zu verleiten versuchte, einem bestimmten Bewerber, den er ihnen bezeichnete, ihre Stimmen zu geben. Unter der Annahme, dass die Delegierten hiedurch zu einer Parteilichkeit verleitet werden sollten, erblickte der GH. in diesem Vorgehen den Thatbestand des im § 105 StG. bezeichneten Delicts. Gegen diese Auffassung kehrt sich die auf die Z. 5, 9a und 10 des § 281 StPO. gestützte Beschwerde. In der Richtung der Z. 5 des § 281 StPO. wird geltend gemacht, im U. sei der Umstand, dass Angekl. bei der Delegiertenversammlung vor der Vornahme der Wahl die Delegierten aufforderte, nach bestem Wissen und Gewissen ihre Stimmen abzugeben, unberücksichtigt geblieben, wiewohl durch dieses Verhalten klar zum Ausdrucke kam, dass es dem Angekl. nicht darum zu thun war, die Delegierten zu einer Parteilichkeit zu verleiten. Allein dass sich in der erwähnten unberücksichtigten Aufforderung ein Widerruf der früher versuchten Verleitung darstelle, kann gewiss nicht behauptet werden, und läge selbst ein solcher hierin, so könnte er die bereits vollendete That nicht ungeschehen machen. Die gerügte Unvollständigkeit betrifft demnach einen für die Entscheidung vollkommen irrelevanten Umstand. Unrichtige Gesetzesanwendung nach Z. 9a des § 281 StPO. (Z. 10 wird nicht angeführt) behauptet die die Beschwerde vorerst deshalb, weil in Ansehung der nach den §§ 7 und 8 des citierten Landesgesetzes dem Landesausschusse im Einverständnisse mit der Statthalterei vorbehaltenen Besetzung der Stelle eines Districtsarztes der Delegiertenversammlung nur ein Vorschlagsrecht zusteht, welches sich keineswegs einer Dienstesverleihung gleichhalten lässt. Allein, dass der zu verleitende Beamte den Dienst zu verleihen habe, zählt nicht zu den Voraussetzungen des Anklagedelicts; ihm genügt es, wenn nur dieser Beamte amtlich dazu berufen ist, die nötigen Grundlagen für das zur Verleihung des Dienstes zuständige Organ zusammenzustellen.

Als rechtsirrtümlich wird aber vom Beschwerdeführer auch die Ansicht bekämpft, dass die Delegierten des Sanitätsdistricts als Beamte anzusehen seien. Sofern der Beschwerdeführer in dieser Beziehung ausführt, es ergebe sich aus den einschlägigen Bestimmungen des Ges. v. 30. April 1870 (RGB. 68) (betreffend die Organisation des öffentlichen Sanitätsdienstes) und des darauf fussenden bereits erwähnten Landesgesetzes für Mähren, dass nicht die Delegierten, sondern lediglich die durch sie unmittelbar oder mittelbar bestellten Sanitätsorgane die dem Sanitätsdistricte sowohl im eigenen als auch im übertragenen Wirkungskreise obliegenden Agenden der öffentlichen Gesundheitspflege besorgen, übersieht er, dass zu diesen Agenden doch wohl auch, und vor allem, die Ingerenz bei Bestellung der Districtsärzte zu rechnen ist, und hält sich überhaupt den gesetzlich vorgezeichneten Wirkungskreis der Delegiertenversammlung nicht vor Augen (vgl. § 7 des LdsG. in Verbindung mit den §§ 2—5). Die Vergleichung der Mitglieder derselben mit den Mitgliedern der Gemeindevertretung ist nicht ausschlaggebend. Da der Ausdruck „Beamte“ im § 105 StG. nicht im Sinne irgend einer Dienstpragmatik, sondern im Sinne des zweiten Alineas des § 101 StG. zu erfassen ist, so kömmt es einzig und allein darauf an, ob die Thätigkeit, welche den Delegierten in Ansehung der Bestellung eines Districtsarztes obliegt, als „ein Geschäft der Regierung“ anzusehen ist. Darüber aber kann kein Zweifel bestehen.

Das Ges. v. 30. April 1870 (RGB. 68) ist seinem Zwecke und Inhalte nach ein Ausfluss des Grundsatzes, dass es Aufgabe der Staatsverwaltung ist, den öffentlichen Gefahren vorzubeugen, welche aus der Vernachlässigung der Gesundheit, aus der Nichtbeachtung prophylaktischer Maassregeln für den allgemeinen Gesundheitszustand entstehen können; dieses Gesetz bestimmt auch im § 1, dass die Oberaufsicht über das gesammte Sanitätswesen und die oberste Leitung der Medicinal-Angelegenheiten der Staatsverwaltung zusteht. Um diesen Aufgaben gerecht zu werden, welche die sowohl in der Reichs- als auch in der Landesgesetzgebung niedergelegte Codification des öffentlichen Gesundheitsrechts, theils der Staats-, theils der Gemeindeverwaltung (jedoch unter steter Oberaufsicht der erstereren) zuweist, kann, der Natur der hiebei in Frage kommenden Angelegenheiten nach, fachmännischer Beihilfe nicht entraten werden. Solche soll der Gemeinde, bez. jener Mehrheit von Gemeinden, welche sich nach Maassgabe des cit. Landesgesetzes in einem Sanitätsdistricte vereinigen, in Mähren nach Inhalt des § 7 des bezogenen Landesgesetzes durch den Gemeinde-, bez. Districtsarzt zu theil werden, zu dessen Bestellung die Gemeinde, resp. die Delegiertenversammlung berufen ist. Unzweifelhaft greift die Function dieser Ernennung in den Bereich der Staatsverwaltung; sie ist eine Wirksamkeit, die, principiell gedacht, der staatlichen Vollzugsgewalt zufällt, welche ja überdies auch, wie dies die Bestimmungen der §§ 8—10 des LdsG. darthun, in mannigfachen Richtungen nicht nur controlierend, sondern auch entscheidend hiebei eingreift. Durch die Kraft gesetzlicher Verfügung erfolgte Ueberlassung dieses Ernennungs-, eventuell Nominierungsrechts an die Mitglieder eines wenn auch autonomen Verbandes, wird denselben somit die Besorgung eines Regierungsgeschäfts übertragen und eben deshalb liegt hier klar zu Tage, dass die Mitglieder dieses Verbandes speciell bei Ausübung dieser Function, und zwar sowohl, wenn sie im Sinne des § 8 des LdsG. den Arzt selbst ernennen, als auch, wenn sie denselben zur Ernennung vorschlagen, als Beamte im Sinne des § 101 und, mit Rücksicht auf die im concreten Falle zu lösende Rechtsfrage, auch des § 105 StG. anzusehen sind. Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

378.

1. Voraussetzung für die Stellung einer Eventualfrage auf Todschlag bei einer Anklage wegen Mord. — 2. Unzulässigkeit der Feststellung blos feindseliger statt der Tödtungsabsicht durch einen Zusatz zur Beantwortung der auf Mord lautenden Hauptfrage. — 3. Mit Nichtigkeit bedroht ist nur die unrichtige, nicht auch die unvollständige Rechtsbelehrung.

(E. 25. Mai 1889, Z. 2783. Vors.: 2. Pr. Dr. v. Stremayr; GP.: GA. Dr. Schrott; V.: Dr. Lenoch.)

Gründe: Die NB. macht in erster Reihe den Nichtigkeitsgrund des § 344/6 StPO. geltend, weil der Antrag der Vertheidigung, den Geschwornen eine Eventualfrage auf das Verbrechen des Todschlags vorzulegen, abgelehnt und damit die Bestimmung des § 320 StPO. verletzt worden sei. Mit Unrecht beruft sich die NB. auf diesen Nichtigkeitsgrund; denn der angeführte § 320 StPO. verpflichtet den Gerichtshof nur dann zur Stellung einer Frage an die Geschwornen, wenn Thatsachen oder Umstände behauptet worden sind, vermöge welcher, ihre Wahrheit vorausgesetzt, die dem Angekl. zur Last gelegte That unter ein anderes Strafgesetz fiele, als das in der Anklage angeführte. Im Laufe des ganzen Beweisverfahrens wurde aber niemals behauptet, dass der Angekl. nur in feindseliger Absicht im Allgemeinen gehandelt habe. Entgegen dem in der Voruntersuchung abgelegten Geständnisse, wonach er mit der Absicht, zu tödten, vorgieng, stellte der Angekl. bei der Hauptverhandlung diese Absicht allerdings in Abrede, beschränkte sich jedoch nicht auf diesen Widerruf, sondern fügte hinzu: 1. er habe infolge der erlittenen Provocation, unter dem ihn beherrschenden Einflusse des Zorns und Schmerzes nicht gewusst, was er thue; 2. er habe, nachdem N (der Ermordete) sein Gewehr gegen ihn anlegte, zur eigenen Vertheidigung gehandelt. Mit dieser Rechtfertigung behauptete also der Angekl. zwei Strafausschliessungsgründe, nemlich die Sinnesverwirrung und die Notwehr. Der Gerichts-

hof trug dieser Rechtfertigung Rechnung und legte den Geschwornen zwei die erwähnten Strafausschliessungsgründe betreffende Fragen vor, während ihm für die Stellung einer Frage auf das Verbrechen des Todschlags kein Anhaltspunkt. d. i. keine Behauptung seitens des Angekl., vorlag. Mit Unrecht erhebt die NB. gegen das Zwischenerkenntnis des Gerichtshofs den Vorwurf, dass es sich in eine meritorische Würdigung der Beweisergebnisse einlasse, um die mögliche Qualification der That als Todschlag auszuschliessen. Der Gerichtshof prüft daselbst im Sinne des § 320 StPO. ausschliesslich die Frage nach dem Vorhandensein von Behauptungen, welche die Stellung einer Frage auf Todschlag zu rechtfertigen geeignet sein mögen, und fügt diesen Erwägungen die ganz zutreffende Bemerkung bei, dass die Beschaffenheit der That an sich zur Stellung einer solchen Frage nicht Anlass biete; eine Bemerkung, der allerdings zuzustimmen ist, wenn man erwägt, dass das Abfeuern zweier Schusswaffen gegen Brust und Rücken aus unmittelbarster Nähe den Gegenstand der Anklage bildet. Der im Zwischenerkenntnisse enthaltene Hinweis auf § 327 StPO. (Schlussatz) hat nicht die Bedeutung, dass der Gerichtshof sich mit Rücksicht auf das den Geschwornen zustehende Recht, die Stellung von Fragen zu verlangen, seiner ihm nach § 320 StPO. gesetzlich obliegenden Pflicht zu entziehen beabsichtigt hätte; vielmehr nur jene, dass der Gerichtshof, obwohl er nach der Lage der Sache eine Frage auf Todschlag nicht zu stellen fand, trotzdem die Geschworneu über ihr diesbezügliches Recht belehrte. Da also eine bestimmte Behauptung des Angekl. betreffs eines von dem in der Anklage bezeichneten abweichenden Verbrechens nicht vorlag, erscheint die auf § 344/6 StPO. gestützte NB. haltlos.

Dieselbe ist auch insoferne unbegründet, als sie den Nichtigkeitsgrund des § 344/8 StPO. deshalb geltend gemacht, weil der Vorsitzende den Geschwornen eine irrige Rechtsbelehrung ertheilt habe. Der in der Rechtsbelehrung enthaltene Irrtum soll zunächst darin liegen, dass der Vorsitzende den Geschwornen sagte, wenn sie der Ansicht wären, der Angekl. habe nicht mit der Absicht, zu tödten, sondern in einer anderen feindseligen Absicht gehandelt, so dürften sie dies nicht nur durch einen Zusatz zur Hauptfrage — durch die Worte: „nicht in der Absicht, zu tödten, sondern in anderer feindseliger Absicht“ (wie es der Vertheidiger begehrt hatte) zum Ausdrucke bringen, sondern sie hätten in diesem Falle die Stellung einer neuen Frage (auf Todschlag) zu begehren. Es ist klar, dass diese Belehrung des Vorsitzenden dem Gesetze und insbesondere dem § 328 StPO. vollkommen entspricht, und dass ebenso die Belehrung, es stehe den Geschwornen frei, die Stellung einer weiteren Frage zu begehren, mit dem Gesetze und namentlich mit § 327 StPO. im Einklange steht. Auch deshalb bekämpft die NB. die Belehrung des Vorsitzenden, weil derselbe den Geschwornen nicht gesagt habe, sie mögen prüfen, ob nicht die Sinnesverwirrung des Angekl., wenn sie auch nicht so weit gieng, die Zurechnung auszuschliessen, doch annehmen lasse, dass die Absicht des Angekl. statt auf Mord gerichtet nur im Allgemeinen feindselig gewesen sei. Diese Ausführungen der NB. lassen sofort erkennen, dass die Rechtsbelehrung des Vorsitzenden nicht als rechtsirrtümlich. vielmehr höchstens als unvollständig dargestellt wird; denn die NB. richtet sich nicht gegen Worte, die der Vorsitzende gesprochen, sondern gegen eine von ihm angeblich mit Unrecht unterlassene Belehrung der Geschwornen. Jedenfalls steht ausser Zweifel, dass der Vorsitzende sich vollständig auf dem Boden des Gesetzes bewegte, als er den Geschwornen sagte, unser Gesetz erkläre auch eine im Affect, mit der Absicht zu tödten, unternommene Tödtung als Mord; nur dann, wenn die Geschwornen eine das Bewusstsein aufhebende Sinnesverwirrung des Angekl. als gegeben erachten, sei ihnen gestattet, die Zusatzfrage zu bejahen; sie müssten dieselbe aber verneinen, sollten sie eine Gemütsbewegung des Angekl., welche nicht bis zur Sinnesverwirrung gesteigert war, als vorhanden ansehen. Damit hat der Vorsitzende den Geschwornen einerseits die als Thatbestandsmerkmal des Mordes erforderte Absicht, zu tödten, anderseits den Charakter der Sinnesverwirrung in einer dem Gesetze entsprechenden Weise auseinandergesetzt. Die Ausführungen der NB. erweisen sich demnach als unbegründet. Es hätte offenbar dem Gesetze widersprochen, die Frage der Sinnesverwirrung, die jeden, auch den indirecten bösen Vorsatz, wie dieser zum Verbrechen des Todschlags erfordert wird, ausschliesst, im Zusammenhange zu behandeln mit der Frage der feindseligen Absicht.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

45. Rückerwerb des protestierten Wechsels seitens eines früheren Inhabers. Unzulässigkeit der gegen einen Nachmann begründeten Einrede (der entschiedenen Sache) wider den infolge der Durchstreichung der Indossamente legitimierten früheren Inhaber.

Nach Deutschem Recht ist es unrichtig, aus der Thatsache, dass Kl. die Wechsel mit durchstrichenen Indossamenten wieder besitzt, den Schluss zu ziehen, dass er dieselben nur als Rückcessionar erworben haben könne und deshalb die den früheren Indossataren, jetzt seinen Cedenten, entgegenstehende Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegen sich gelten lassen müsse; das nach Protest gegebene Indossament ist zwar in seiner Wirkung beschränkt, hat gleichwohl aber insbesondere für die Legitimation die Bedeutung eines Indossaments und nicht die einer Cession (Thöl Wechselrecht S. 488, Grünhut Lehre von der Wechselbegebung nach Verfall S. 36, Hartmann in Löhr Centralorgan III, S. 475 ff.). Anderseits ist der Kl. ausweislich der Wechsel bereits vor der Protesterhebung in der Eigenschaft als Remittent im Wechselverbande gewesen. Demnach hat Art. 16 der WO. nicht entgegengestanden, die Indossamente zu streichen (Art. 54, 55 der WO.), die Wechsel mit den Protesten dem Kl. zurückzugeben und damit die Uebertragungen ungeschehen zu machen, so dass Kl. als Remittent legitimiert blieb und das diesem zustehende Wechselrecht ausübt, was unter Anderem zur Folge haben würde, dass eine etwaige Compensationseinrede des verklagten Ausstellers gegen den durchstrichenen Indossatar ihm nicht entgegengehalten werden könnte. (Vgl. ROHGE., Bd. VII Nr. 19, S. 78, Nr. 33, S. 123 mit VIII Nr. 43 S. 167.) (U. II. CS. 5. März 1889, Nr. 302.)

46. Voraussetzung des Anspruchs auf vollständige Offenlegung der Handelsbücher.

Mit Recht hat das BG. den Antrag auf Vorlegung der sämmtlichen Handelsbücher und Correspondenzen der Bekl. für unstatthaft erachtet. Denn der Kl. will nicht bestimmte von ihm behauptete Thatsachen durch die Bücher beweisen, sondern verlangt die Offenlegung der Handelsbücher zu dem Zweck, um damit das thatsächliche Material zu gewinnen, aus welchem sich der von ihm behauptete Geschäftsgebrauch ergeben soll. Zu einer derartigen vollständigen Offenlegung der Bücher ist aber, wie sich aus Art. 33 des Hgb. ergiebt, der Processgegner, abgesehen von den im Art. 40 des Hgb. bezeichneten bestimmten Ausnahmefällen, nicht verpflichtet. (U. III. CS. v. 26. Febr. 1889, Nr. 271).

47. Collectivvertretung bei Collectivzeichnung der Firma. Unerheblichkeit der einem Gesellschafter einem bestimmten Subjecte gegenüber eingeräumten Befugnis der Alleinvertretung für die Wirkung der Anordnung der Collectivzeichnung.

Wenn von der Revision geltend gemacht wird, dass in der Anordnung einer collectiven Zeichnung der Firma noch nicht eine Anordnung der collectiven Vertretung liege, weil die Firmenzeichnung keineswegs alle Geschäfte umfasse.

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift und der Berliner Gerichts-Zeitung.

die bei der Gesellschaft vorkommen können, so kann dies Bedenken für begründet nicht erachtet werden. Gleichgiltig ist zwar, welche Bedeutung die anmeldenden Gesellschafter dieser Anordnung beigelegt haben; es kann vielmehr nur darauf ankommen, ob in der Anordnung einer collectiven Zeichnung eine für Dritte erkennbare Anordnung der Collectivvertretung zu finden ist. Letzteres muss aber angenommen werden, da bei der Bedeutung, welche der Firma und dem Gebrauche derselben nach den Anschauungen des Handelsverkehrs und den Bestimmungen des Hgb. (vgl. namentlich Art. 15, 41, 229) beigelegt ist, niemand darüber in Zweifel sein kann, dass die Anordnung einer Collectivzeichnung zugleich die Anordnung einer Collectivvertretung in sich schliesst und mit dieser identisch ist. Von der Revision wird weiter geltend gemacht, dass, da die Collectivvertretung für Post- und Telegraphenquittungen nach dem Eintrag in das Handelsregister nicht gelten solle, theils Collectivvertretung, theils Einzelvertretung eingeführt sei; dies sei nach Art. 115 und 116 des Hgb. unzulässig und habe die Folge, dass es bei der Regel des Art. 114 verbleibe. Auch dieser Angriff konnte einen Erfolg nicht haben. Zugegeben ist zwar, dass das Hgb. grundsätzlich nur entweder die volle Vertretungsbefugnis oder den vollständigen Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis kennt. So wenig aber dieser im Interesse der Sicherheit des Verkehrs aufgestellte Grundsatz es hindert, dass einem Einzelnen zur Vertretung nicht befugten Gesellschafter eine Vollmacht seitens der mit der Vertretung betrauten Gesellschafter zum Abschlusse einzelner Rechtsgeschäfte ertheilt wird, ebensowenig kann es für unzulässig erachtet werden, wenn, wie im vorliegenden Fall, dem an sich nur in Gemeinschaft mit einem anderen Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag die Ermächtigung ertheilt wird, bestimmte Rechtsgeschäfte mit einer einzelnen bestimmten Person abzuschliessen. Für diesen Fall trifft weder der gesetzgeberische Grund zu, welcher zur Aufstellung des oben erwähnten Grundsatzes im Hgb. geführt hat, noch auch steht der Art. 116 des Hgb. der Zulassung einer solchen Einzelvertretung entgegen, da derselbe nur die Beschränkung der Vertretungsbefugnis Dritten gegenüber, nicht aber eine Beschränkung der Ausschliessung von der Vertretungsbefugnis, welche nur einer einzelnen Person gegenüber wirksam wird, als unzulässig bezeichnet. (U. III. CS. v. 26. Febr. 1889, Nr. 271.)

48. Ist der in einem Betriebsunternehmen Angestellte beim Wechsel des Betriebsunternehmers den Dienst fortzuführen verpflichtet?*

Der Eisenbahn-Stationsinspector H in K (Braunschweig) stand seit 1870 im Dienst der Braunschweigischen Eisenbahngesellschaft auf Actien. Diese Gesellschaft übertrug im Jahre 1884 die Verwaltung und den Betrieb ihres ganzen Unternehmens ohne Beschränkung auf ewige Zeiten an den preussischen Staat. Von H wurde die fernere Leistung seiner Dienste in Maassgabe des § 8 des Uebertragungsvertrags in Anspruch genommen, welcher bestimmte, dass in den durch die Dienstverträge des Beamten- und Dienstpersonals begründeten Rechtsverhältnissen mit der Uebernahme des Betriebs des Unternehmens seitens des preussischen Staats keine Veränderung eintrete, sondern letzterer die mit dem

* Das ROHG. hatte in einem ähnlichen Falle zu entscheiden, ob ein Handlungsgehilfe nach Verkauf des Geschäfts, in welchem er thätig war, verpflichtet sei, dem Erwerber des Geschäfts seine Dienste noch für die Zeit zu widmen, auf welche sich der Vertrag mit dem früheren Eigentümer erstreckte. Das ROHG sagt hierüber im U. 25. Juni 1875 (Bd. XVIII S. 374): „Ob bei einem Dienst-, bez. Handlungsgehilfen-Engagementsvertrage der Bedienstete das Dienstverhältnis dem Geschäftserwerber gegenüber fortsetzen, bez. dessen Vertragserfüllung als das in seinem Vertrage ihm gewährleistete gelten lassen muss, sofern der Erwerber das Geschäft unter früherer Firma im alten Umfange fortführt, lässt sich nicht abstract entscheiden. Wesentlich wird für jeden concreten Fall sein, inwieweit durch einen solchen Uebergang eine Veränderung des Leistungsinhalts des ursprünglichen Vertragsverhältnisses eintritt oder nicht. Will man nun selbst annehmen, dass im Zweifel für den Bediensteten nicht blos das Geschäft, in das er eintritt, sondern auch die individuelle Person seines Principals für bestimmend bei der Vertragseingehung zu erachten ist, so können doch die besonderen Umstände des Falls bewirken, dass trotz des Eintritts des neuen Principals eine Veränderung des Vertragsinhalts nicht stattfindet, oder dass dieselbe doch derartig geringfügig wird, dass sich aus ihr ein Widerspruch des Bediensteten nicht rechtfertigen lässt."

Personal zur Zeit des Uebergangs bestehenden Dienstverträge zu erfüllen habe. H erhob nun Klage gegen die Braunschweigische Eisenbahnverwaltung auf Feststellung, dass er nicht gehalten sei, in Rücksicht auf den Uebergang der Eisenbahn auf den preussischen Staat und die dadurch geschaffenen Veränderungen diesbezügliche Dienste ferner zu leisten, dass aber die Bekl. schuldig sei, näher bezeichnete Gehaltsbeträge bis auf weiteres zu zahlen. Das RG. begründete die Zurückweisung der Klage dahin: „Die Rücksicht auf die Person des Dienstherrn ist bei Beamten von Privatgesellschaften wie die Braunschweigische Eisenbahngesellschaft nicht ein für die Eingehung des Dienstvertrags so entscheidendes Moment, dass der Beamte die Fortleistung seiner Dienste weigern durfte, weil Verwaltung und Betrieb dauernd in andere Hände gelegt sind. Bei einer Gesellschaft auf Actien musste der Kl. sich sagen, dass der Besitz der Actien rasch und vollständig wechseln konnte, und dass solcher Wechsel eine wesentliche Umgestaltung des Betriebs wie der persönlichen Beziehungen zur Folge haben konnte, und dass eine Veräusserung des Unternehmens oder dessen Verbindung mit anderen gleichartigen Unternehmungen nicht ausgeschlossen war. Die auch während der Leitung des Betriebs durch die Organe der Braunschweigischen Eisenbahngesellschaft jederzeit mögliche Aenderung der persönlichen Beziehungen des Kl. zu Vorgesetzten und Dienstgenossen kann auch jetzt, wo sie durch den Uebergang der Verwaltung auf den preussischen Staat herbeigeführt sein soll, den Kl. nicht berechtigen, unter Forderung seines laufenden Gehalts die Leistung fernerer Dienste abzulehnen.“ (U. III CS. 2. Juli 1889.)

Verordnungen.

45.

Verordnung des Justizministeriums vom 22. August 1889, Z. 15949,

betreffend die Ausforschung des Gerichtes, welches die Verlassenschaftsabhandlung nach einem gewissen Macho gepflogen hat.

46.

Verordnung des Justizministeriums vom 24. August 1889, Z. 16330,

betreffend die den activen k. k. Staats- (und Hof-) Bediensteten auf den Linien der österreichischen Staatsbahnen zugesicherten Fahr- und Frachtbegünstigungen.

47.

Verordnung des Justizministeriums vom 25. August 1889, Z. 14942,

betreffend die theilweise Aenderung der Formularien für Waisenamtsschuldscheine und Cessionen in Fällen der Convertierung von Geldschuldforderungen durch cumulative Waisencassen.

An die Gerichte in den Oberlandesgerichtssprengeln Wien, Prag, Brünn, Krakau und Lemberg.

Um den Parteien in denjenigen Fällen, in welchen cumulative Waisencassen bestehende Hypothekarforderungen durch Gewährung von Darlehen oder durch cessionsweise Uebernahme solcher Forderungen im Sinne der §§ 2 u. 3 des Ges. v. 9. März 1889 (RGB. 30) convertieren, den Anspruch auf die in diesem Gesetze normierten Gebürenerleichterungen zu sichern, ist in die betreffenden Waisenamtsschuldscheine und Cessionen die im § 2, Z. 2 dieses Gesetzes gedachte Fristbestimmung in Betreff der Tilgung des Darlehens, bez. des cedierten Capitals aufzunehmen, und in den Schuldscheinen überdies auch gemäss § 2, Z. 4 desselben Gesetzes die Verwendung des neuen Darlehens zur Tilgung einer bestimmten älteren Forderung ersichtlich zu machen.

Es stellt sich sonach für die Convertierungsfälle eine theilweise Aenderung des mit dem JME. v. 12. April 1879, Z. 4757, eingeführten Formulars für Waisenamtsschuldscheine und des mit dem JME. v. 12. Feb. 1888, Z. 190, vorgeschriebenen Formulars für Cessionsurkunden als notwendig dar, und haben in Convertierungsfällen an Stelle der ersten zwei Absätze des Schuldschein-Formulars, dann an Stelle des zweiten Absatzes des Formulars für Cessionen die nachstehenden Bestimmungen zu treten:

A. Schuldschein.

Kraft dessen . . . .
Gerichtsbezirk . . . . bekenne . . ., behufs Convertierung
der auf der Realität . . . .
in der Gemeinde . . . . Grundbuch
. . . . Einlage-Zahl . . . . für . . . .
. . . . auf Grund . . . .
haftenden, mit . . . . % verzinslichen Forderung per . . . . ö. W. von
dem Waisenamte, Bezirk . . . . aus der dortigen cumulativen Waisencasse ein Darlehen von . . . . ö. W.

das ist: . . . . Gulden österreichischer Währung baar zugezählt erhalten zu haben, welches . . . . somit aufrecht schuldig geworden . . . .

Indem . . . . . dem Waisenamte . . . . den Empfang des gedachten Darlehenscapitals bestätige .., verbinde . . . . zur ungetheilten Hand, das ist: eines für. . . . . und . . . . . für eines, für . . . . . und . . . . . Nachfolger im Besitze der unten verpfändeten Realität . . ., dieses Darlehen in nachbestimmter Weise zu verzinsen und zurückzuzahlen.

Die Tilgung des Darlehens hat nicht vor Ablauf von sechs Jahren zu erfolgen, unbeschadet der nachstehend vereinbarten Aufkündigungs- und Rückforderungsvorbehalte, sowie des in den §§ 40 und 41 der Waisenamts-Instruction v. 24. Juni 1859 (RGB. 123) vorgesehenen Rückzahlungsvorbehalts.

. . . . . verbinde . . . . dieses Darlehen vom . . . . 18.. an mit jährlichen . . . . . . vom Hundert halbjährig vorhinein zu verzinsen, und die Interessen unter Verzichtleistung auf das . . . . zustehende Recht des Einkommensteuerabzuges im vollen Betrage bei dem Waisenamte zu erlegen, das Capital selbst aber, oder für den Fall bereits geleisteter Abschlagszahlungen den Restbetrag desselben nach vorläufiger, jedem Theile gleichmässig zustehender halbjähriger Aufkündigung in österr. Währung bei dem Waisenamte . . . . zurückzuzahlen.

Insolange das Capital u. s. w.

B. Cession.

(Zweiter Absatz.)

. . . . . . Endesgefertigte . . . . Haus- und Grundeigentümer in der Gemeinde . . . . Gerichtsbezirk . . . . habe . . . als Hypothekarschuldner des vorstehend cedierten Capitals per . . . . österreichischer Währung von dieser Cession Kenntnis genommen, und indem . . . . . den aufrechten Bestand dieser Schuld bestätige .., verbinde . . . . zur ungetheilten Hand, das ist eines für . . . . und . . . . für eines, für . . . . und . . . . . Nachfolger der unten verpfändeten Liegenschaft..., dieses cedierte Capital per . . . . österreichischer Währung in nachbestimmter Weise zu verzinsen und zurückzuzahlen.

Die Tilgung des cedierten Capitals hat nicht vor Ablauf von sechs Jahren zu erfolgen, unbeschadet der nachstehend vereinbarten Aufkündigungs- und Rückforderungsvorbehalte, sowie des in den §§ 40 und 41 der Waisenamts-Instruction v. 24. Juni 1859 (RGB. 123) vorgesehenen Rückzahlungsvorbehalts.

. . . . . verbinde . . . . . . dieses Capital vom . . . . 18... an mit jährlichen . . . . vom Hundert halbjährig vorhinein zu verzinsen, und die Interessen unter Verzichtleistung auf das . . . . zustehende Recht des Einkommensteuerabzuges im vollen Betrage bei dem Waisenamte zu erlegen, das Capital selbst aber, oder für den Fall bereits geleisteter Abschlagszahlungen den Restbetrag desselben nach vorläufiger, jedem Theile gleichmässig zustehender halbjähriger Aufkündigung in österreichischer Währung bei dem Waisenamte . . . . zurückzuzahlen.

Insolange das Capital u. s. w.

In denjenigen bisher vorgekommenen Conversionsfällen, in welchen die Aufnahme der zur Begründung des Anspruchs auf Gebürenerleichterungen gemäss § 2, Z. 2, des Ges. v. 9. März 1889 (RGB. 30) erforderlichen Bestimmung über die Frist zur Tilgung des Darlehens in die Schuld-, bez. Cessionsurkunden nicht stattgefunden hat, haben die betreffenden Gerichte dafür Sorge zu tragen, dass ungesäumt eine Vereinbarung mit den Schuldnern über eine solche Fristbestimmung im Sinne der vorstehenden Formularien erfolge, und hierüber eine Erklärung als Nachtrag zu der Schuld-, bez. Cessionsurkunde ausgefertigt werde, wobei auch in Bezug auf Schuldscheine gemäss § 2, Z. 4, des mehrerwähnten Gesetzes die Verwendung des neuen Darlehens zur Tilgung der betreffenden älteren Forderung ersichtlich zu machen ist.

Zur Reform des Strafgesetzes.

Geehrte Redaction!

Das neue Strafgesetz will Pressdelicte, wenn die Verfolgung über Privatanklage eintritt, den Geschwornengerichten entziehen. Es ist nun nicht zu läugnen, dass das bisherige Verfahren keinen wirksamen Schutz gegen Ehrverletzungen durch Zeitungsangriffe bot.

Zeitungsartikel sind für den Tag geschrieben, sie erfordern daher auch eine sogleiche Remedur, Verhandlungen vor Geschwornen, die oft erst nach vielen Monaten möglich sind, bieten daher keine Abhilfe, dazu kommt, dass das Verfahren vor den Geschwornen zu kostspielig ist, daher der weniger Bemittelte gar nicht imstande ist, hier Schutz für seine Ehre zu suchen.

Anderseits bedarf die Presse, als Vertreterin öffentlicher Interessen, auch eines grösseren Schutzes, die Pressfreiheit setzt notwendig ein Volksgericht voraus, wie es im Schwurgerichte vorhanden ist.

Wird nun erwogen, dass es dem Kläger meist nicht so sehr auf die Bestrafung des Angeklagten, als auf die Wiederherstellung seiner Ehre ankommt, so kann man immerhin für solche Fälle, in denen somit nur auf eine geringe Strafe erkannt werden soll, das Geschwornengericht ausschliessen. Man kann es dabei in erster Reihe auf den Antrag des Anklägers ankommen lassen, und findet sich ein theilweises Analagon hiefür im sog. Strafmandatverfahren.

Anderseits kann man aber auch dem Angeklagten es nicht verwehren, vor das Geschwornengericht gestellt zu werden, wobei jedoch die Einschränkung zu machen ist, dass er dieses Recht nur dann besitzen soll, wenn es sich um öffentliche Interessen handelt, z. B. Besprechung von Missbräuchen in Corporationen, öffentlichen Anstalten etc.

Ich schlage daher nachstehende Fassung vor:

„Die Hauptverhandlung über Anklagen wegen durch den Inhalt einer Druckschrift begangener Verbrechen oder Vergehen gehört vor die Geschwornengerichte.

Im Falle jedoch der Privatankläger lediglich die Verurtheilung wegen Uebertretung zu einer Geldstrafe von höchstens 50 fl., sowie zum Ersatze der Kosten und zur Veröffentlichung des Urtheils, soweit letztere zulässig ist, beantragt, ist die Hauptverhandlung vor dem für Pressachen sonst zuständigen Bezirksgerichte anzuordnen.

Dem Angeklagten steht es frei, gegen den ihm schriftlich zuzustellenden Antrag binnen 3 Tagen Einspruch einzubringen, welcher in Gemässheit des § 213 StPO. zu behandeln ist.

In dem Einspruche kann der Angeklagte auch verlangen, dass die Strafsache vor das Geschwornengericht gezogen werde, wenn er glaubhaft nachzuweisen vermag, dass die Austragung derselben im öffentlichen Interesse gelegen ist.

Hierüber entscheidet der Gerichtshof zweiter Instanz nach vorausgegangener Einvernahme des Privatklägers und nach Anhörung des Oberstaatsanwalts. Wird die Sache vor die Geschwornen verwiesen, so ist der Ankläger an seinen ursprünglich gestellten eingeschränkten Strafantrag nicht gebunden."

D. V. L.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger: Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Einige Reformvorschläge zum Strafgesetzentwurf.

Von Dr. J. Ofner.

(Fortsetzung.)

IX. Criminalirrenhaus und Trinkerhaus.

Wenn ein Irrsinniger mordet, kann er nicht bestraft werden. Denn Strafe ist psychischer Zwang und nicht anwendbar, wenn die Psyche zur Zeit der That nicht widerstehen konnte. Aber wer die krankhafte Neigung zu Verbrechen hat, ist der Gesellschaft um so gefährlicher. Das angezündete Haus brennt ebenso rasch ab und der Besitzer wird ebenso zum armen Mann, ob der Brandstifter aus Rache gehandelt hat oder aus Manie, und Manie zündet häufiger an. Der Verbrecher aus Irrsinn, bei welchem die Wiederholung der That nicht ausgeschlossen ist, muss daher internirt werden, wenn man auch diese Einsperrung nicht als Strafe im engeren Sinn bezeichnen mag.

Dies ist auch allgemein anerkannt, und der Thäter wandert von der Untersuchungshaft in's Irrenhaus, wenn eine von der Psychiatrie allgemein anerkannte Irrsinnsart bei der That mitwirkte. Aber die Lücke in der Theorie, welche darin besteht, dass Richter und Irrenarzt mit einander in keiner Verbindung stehen, zeigt sich, wenn Manie angenommen wird. Vor einigen Wochen wurde in der Nähe von Wien ein wohlhabender Bauer angetroffen, als er einen Hof in Brand steckte; er gestand ein, schon früher einige Brände gelegt zu haben, ohne Feindschaft gegen die Besitzer, ohne eigenen Vortheil, auch ohne einen anderen denkbaren Grund. Es lag also wahrscheinlich Pyromanie vor.

Auch Kleptomanie ist nicht selten, und ob bei Jack the Ripper nicht Mordmanie vorliegt, ist fraglich. Aber Manie ist ein noch ungeklärtes Phänomen. Man weiss sie nicht zu behandeln und das Irrenhaus nimmt deshalb mit Manie Behaftete schwer auf und behält sie ungern. Deshalb wird die Manie derzeit von den Strafgerichten nicht anerkannt und die Gerichtsärzte pflichten dem bei. Es ist dies theoretisch unrichtig. Aber andererseits muss eine Freisprechung mit dem Erfolge, dass der Verurtheilte auf freien Fuss gesetzt wird und nun neuerlich Brand legen, stehlen oder morden kann, dem unbefangenen Verstand widersprechen, und die Rechtstheorie bietet keine Lösung. Sie liegt darin, dass in allen Fällen, in welchen nicht eine einmalige Sinnesverwirrung, sondern

eine zur Zeit des Urtheils noch fortdauernde geistige Störung die Ursache der Straflosigkeit ist, das Gericht die Internirung des Thäters im Criminalirrenhause verfügen kann. Art und Dauer sind von der für die Anstalt bestellten Behörde zu bemessen, welcher die That, deren sich der Irre schuldig gemacht hat, mit kurzer Ausführung mitzutheilen ist.[1]

Eine zweite Anstalt, welche dem Criminalirrenhause dort entspricht, wo nach § 56 Entwurfs gleichfalls freigesprochen werden muss, ist das Trinkerhaus. Als Zwangsanstalt ist es eine Abart des Zwangsarbeitshauses; doch aber von ihm verschieden, weil Trunksüchtige anders behandelt werden müssen, als Landstreicher. Der psychische Fehler von Trunksüchtigen ist hauptsächlich Willensschwäche. Sie sind oft im nüchternen Zustande ehrenhafte und tüchtige Leute; sie sind nur Sklaven einer Leidenschaft, deren Folge wie Irrsinn wirkt. Ob das Trinkerhaus als besondere Anstalt oder als Abtheilung des Zwangsarbeitshauses eingerichtet wird, ist nebensächlich.

Die Frage des Trinkerhauses wurde derzeit vom österreichischen Ministerium aufgenommen und der oberste Sanitätsrath hat hierüber ein umfassendes und wohldurchdachtes Gutachten abgegeben, welches nur eine gewisse Wärme für das Problem vermissen lässt. Der Kampf gegen die Trunksucht muss derzeit auf der ganzen Linie aufgenommen werden. Er ist ein Kampf für den Arbeiterstand. Die Trunksüchtigen verderben physisch sich und ihre Nachkommenschaft; sie zerstören wirtschaftlich und seelisch ihr Hauswesen; sie sind auch ein verführendes Element im Stande, welches namentlich durch Anregung des Ehrgeizes, Spott, aufgedrungene Wette und andere Mittel die jungen Arbeiter in die Kneipen zieht, welche sie späterhin nicht meiden können. Das Trinkerhaus ist freilich, sowie die Strafe, das letzte und nicht das wirksamste Glied in der Reihe der Massregeln, welche gegen die Trunksucht zu treffen sind. Aber die kühle Zurückhaltung in der Frage des staatlichen Trinkerhauses ist doch nicht berechtigt. Sollte das Land nicht mit grösserem Recht ein Trinkerhaus errichten können, als ein Privater? Warum soll auf Verlangen der Familie nach genauer Untersuchung des Zustandes nicht der Trunksüchtige entmündigt und mit Einwilligung des Curators in dem Trinkerhaus des Landes internirt werden? Warum soll der Richter nicht, wenn er wegen eines Verbrechens in Trunkenheit oder wegen eingealterter Trunksucht verurtheilt, die Zulässigkeit der Anhaltung im Trinkerhaus verfügen?

Es wäre also m. E. in § 56 ein Schlusssatz aufzunehmen: „Doch kann der Richter, wenn ein Verbrechen oder Vergehen im Irrsinn begangen wurde, die Zulässigkeit der Anhaltung des Thäters im Irrenhaus (Criminalirrenhaus);

[1] Im Gefängnis Moabit (Berlin) ist seit $1^1/_2$ Jahren eine Irrenabtheilung eingerichtet.

wenn ein Verbrechen oder Vergehen im trunkenen Zustande begangen wurde, und aus den Umständen des Falls eingealterte Trunkenheit hervorgeht, die Zulässigkeit der Anhaltung im Trinkerhaus (Trinkerabtheilung des Zwangsarbeitshauses) aussprechen."

X. Straf-Ausschliessungsgründe: Irrtum (§§ 54—55).

§ 54 spricht vom Irrtum über das thatsächliche Verhältnis. Ein besonderer, vielfach besprochener Fall ist der Irrtum im Object. Jemand erschiesst seinen Freund, welchen er in der Dunkelheit für einen Anderen, seinen Feind, angesehen hat. Er stiehlt seinem Nachbar einen Gegenstand, welcher sich dann als ihm selbst gehörig erweist. Ein biblisches Beispiel ist das Durchstechen der Puppe, welche an Stelle David's in's Bett gelegt worden war.

Der Entwurf nimmt ebenso wie das deutsche Strafgesetz, die wirklich vollbrachte That mit ihren objectiven Merkmalen und mit Annahme der auf sie gerichteten Absicht als Grundlage der Beurtheilung an; wenn jedoch der vom Thäter vorausgesetzte Sachverhalt ein ihm günstigeres Urtheil veranlassen würde, hat er als vollbracht zu gelten, und die Strafe ist nach ihm zu bemessen. Aus dieser Gegenüberstellung zeigt es sich schon, dass wir es hier mit einer Fiction zu thun haben. Das Gewollte ist nicht gethan, das Gethane nicht gewollt. Dass zeigt sich in einzelnen hervorragenden Fällen ganz deutlich. Wenn jemand seinen Freund aus Irrtum erschlagen hat, beweist es sein Schmerz; wenn jemand einen Hirsch, den er im Dunkel für einen Menschen ansah, erschossen hat, beweist es die Unmöglichkeit einer juristischen Construction; ist er ein Wilderer? Das Civilrecht hat unbefangener als das Strafrecht Wesen und Fiction erkannt: Der wesentliche Irrtum zerstört den Willen; das Recht kann aber aus Rücksicht für den Anderen das irrtümlich geschlossene Geschäft, gleich wie wenn es gewollt worden wäre, gelten lassen.

Man kann sich auch im Strafrecht bei dieser Fiction beruhigen. Es wäre aber unschädlich und dadurch richtiger, den Thatbestand nach seinem wirklichen Gehalte zu beurtheilen, d. h. als fahrlässige That aus einem besonders erschwerenden Motive, unter Umständen auch verbunden mit Versuch der beabsichtigten That.[1]

---

[1] Die Frage, ob und wann betreffs der gewollten That Versuch anzunehmen sei, ist sehr streitig, vielleicht aber aus der Definition des Versuchs zu beantworten. Versuch liegt dort vor, wo die That sich als wirklicher Anfang des beabsichtigten Verbrechens zeigt, wo der Irrtum nur die Folge von Zufall oder fremder That war; wie z. B., wenn derjenige, der beim Nachbar eingebrochen hat, fremde Sachen stehlen konnte, und nur zufällig die eigene ergriff; oder in dem biblischen Beispiele, wo die Puppe, welche die Mörder für David hielten, durch fremde Vorsicht an dessen Stelle in's Bett gelegt war. Die Rechnung der Verbrecher war in beiden Fällen richtig; sie wurde durch Zufall oder fremde That vereitelt.

Man denke an den vorerwähnten Fall: Jemand lauere seinem Feinde auf; es komme ein Mann des Weges, den er in der Dunkelheit für ihn hielt und erschiesst; es stelle sich heraus, dass dies sein Freund sei. Nach der Anschauung des Entwurfs wird er verurtheilt, vorsätzlich seinen Freund getödtet zu haben; nach der anderen: weil er seinen Feind zu tödten versucht und seinen Freund fahrlässig getödtet habe. Es ist zweifellos, welches Urtheil der Sachlage entspricht und den unbefangenen Verstand befriedigt. Um zugleich der Strafrechtspolitik entsprechend Rechnung zu tragen, könnte die Strafe der des vollendeten Versuchs gleichgestellt werden; damit wäre der Theorie wie der Praxis genügt. Ich würde daher in § 54 einen Zusatz beantragen: „Bei wesentlichem Irrtum im Object darf die Strafe das höchste Mass der auf den Versuch gesetzten Strafe nicht übersteigen.“ (Wesentlich ist der Irrtum, wenn der Thäter ohne denselben die That nicht begangen hätte.) Damit ist zugleich gesagt, dass ein dem Versuch ähnlicher Thatbestand vorliege.

Der zweite Satz des § 54 ist zu enge und zu weit. Zu enge, weil die Fahrlässigkeit auch beim Absichtsdelict zu berücksichtigen ist; wenn jemand aus Irrtum im Object eine Körperverletzung an einem Verwandten aufsteigender Linie beging (§ 231, Z. 3) und dieser Irrtum Fahrlässigkeit zeigt: so ist diese immerhin als erschwerender Umstand in Rechnung zu ziehen. Zu weit, weil der Irrtum, trotzdem er selbst durch Fahrlässigkeit verschuldet ist, dennoch bei Beurtheilung der That als mildernd beachtet werden muss. Dieser Absatz sollte also lauten: „Hiedurch wird die Verfolgung wegen fahrlässiger Handlungsweise nicht ausgeschlossen, soweit der Irrtum durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.“

Unrecht scheint mir auch, dass der Rechtsirrtum als Straf-Ausschliessungsgrund gänzlich ausgeschlossen ist. § 54 spricht nur vom Thatirrtum; aus § 55 liesse sich höchstens durch engere Auslegung der Worte: „dieses Gesetzes“, ein Anhaltspunkt gewinnen. Das Civilgesetz erkennt an, dass auch bei Rechtsirrtum guter Glaube möglich, also dolus ausgeschlossen sei, und der dolus des Civilrechts ist doch ein viel weiterer Begriff als der des Strafrechts, weil Entschädigung eine viel leichtere Sühne ist als Abstrafung.

Der § 2, lit. e des bestehenden Gesetzes war hierin milder, die Praxis hat gezeigt, dass er auch Rechtsirrtum umfasst. Vergleiche die Entscheidungen in der Geller'schen Ausgabe des Strafgesetzes 1889, ad § 2 lit. e, N. 2 ff.: Unkenntnis oder unrichtige Auffassung von Vorschriften, welche nicht dem Bereiche der Strafgesetzgebung angehören, kann Straflosigkeit herbeiführen. Die Zurechnung für Erpressung entfällt, wenn der Angeklagte des guten Glaubens war, auf die zu erzwingende Leistung ein Recht zu besitzen. Bei dem Verbrechen der zweifachen Ehe kann die vom Priester vertretene Meinung, dass die erste, nur geschiedene Ehe, als getrennt anzusehen sei, einen

Irrtum herbeiführen, welcher ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen lässt.

Es ist nicht zu verkennen, dass ein Irrtum in Rechtsvorschriften dem Thatirrtum nicht ganz gleichgestellt werden kann. Der Staat muss darauf dringen, dass man sich vor Vornahme einer Rechtshandlung über die Gesetze erkundige. Aber zur Strafe gehört doch Schuld und diese kann auch durch Rechtsirrtum behoben werden. Vielleicht wäre bei § 55 ein Zusatz anzufügen: „Inwiefern die Unkenntnis anderer Vorschriften einen Irrtum in Thatumständen gleichzuhalten sei, hat der Richter nach den Umständen des einzelnen Falls zu bestimmen.“

XI. Strafausschliessung: Zwang und Notstand (§ 57—59).

Die Fassung des § 57 über den Begriff des Zwangs unterscheidet sich von der des Deutschen Strafgesetzes durch Einbeziehung von Freiheit und Vermögen in die bedrängten Güter und durch Ausdehnung der Personen, deren Bedrängnis eine sonst strafbare Handlung straflos machen kann, auf „Andere“ ohne Unterschied. Das Erste entspricht der österreichischen Tradition (vgl. § 2, lit. g und § 98 StG.); das Zweite ist human, macht aber eine Aenderung der Form notwendig. Denn wenn es sich um eine Gefahr für sich und Angehörige handelt, kann man es, wenn auch nicht den höchsten Anforderungen des Sittengesetzes entsprechend, so doch entschuldbar finden, dass der Thäter ihr die Verletzung eines Andern vorzieht. Wenn aber der mit Gefahr Bedrohte dem Thäter nicht näher steht, als der durch ihn Verletzte, dann kann nur die Grösse des Schadens entscheiden, und tritt das in § 57 der Regierungsvorlage, sowie in § 58 aufgenommene Merkmal der „unverhältnismässigen Beschädigung“ in sein Recht. Es ist wohl richtig, dass auch dort, wo es sich um den Thäter oder seine Angehörigen handelt, der Schade ernst sein muss — minima non curantur — aber „unverhältnismässig“ gross braucht er nicht zu sein. § 98 StG. definiert mit Recht die gegen den Bedrohten oder seine Angehörigen gerichtete gefährliche Drohung als eine solche, welche geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und die persönliche Beschaffenheit oder auf die Wichtigkeit des angedrohten Uebels gegründete Besorgnisse einzuflössen. Man könnte stilisieren:

„Eine Handlung ist nicht strafbar, wenn der Thäter zu derselben durch unwiderstehliche Gewalt oder Drohung genötigt worden ist. Unwiderstehlich ist eine Drohung, wenn sie die gegenwärtige, auf andere Weise nicht wohl abwendbare Gefahr einer ernsten Beschädigung des Thäters oder einer ihm nahestehenden Person, oder der unverhältnismässig grossen Beschädigung eines Andern an Leib, Freiheit oder Vermögen begründet. Als nahestehend im Sinne dieses Gesetzes gelten die Personen, zu welchen der

Thäter in einem der im § 152, Z. 1 der StPO. steht, dann Verlobte und vertraute Freunde."

Eine ähnliche Fassung müsste auch § 58 über den Notstand erhalten:

„Ebenso sind Handlungen straflos, welche Jemand in einem nicht von ihm selbst durch strafbare Handlung verursachten, und auf andere Weise nicht wohl zu beseitigenden Notstande begangen hat, um eine unmittelbar bevorstehende ernste Beschädigung an Leib, Freiheit oder Vermögen von sich oder einer ihm nahestehenden Person, oder eine derartige unverhältnismässig grosse Beschädigung von einem Andern abzuwenden."

XII. Strafausschliessung: Gestörte Geistesthätigkeit und jugendliches Alter (§§ 56, 60—63).

Den Zusatz, welchen ich zu § 56 wünschen würde, habe ich schon unter der Ueberschrift: „Criminalirrenhaus und Trinkerhaus" formuliert. Ich will hier nur noch darauf hinweisen, dass § 60, Abs. 2 und § 61, Abs. 2 diesem Zusatze ganz entsprechen. Im letzteren Paragraph scheint mir sowohl das 12. anstatt des bisherigen 14. Jahres, als auch die schroffe Gegenüberstellung von Einsichtigen und Nichteinsichtigen bedenklich.

§ 62 ist in der gegenwärtigen Fassung gefährlich. Seine Weglassung würde nicht schaden, weil die Bestimmung des § 56 nur eine einzelne Anwendung des Grundsatzes ist, dass, wer sich eines einsicht- und willenlosen Werkzeugs zur That bediente, selbst gehandelt hat. Wenn man § 62 aber mit Beschränkung seiner Anwendbarkeit auf jugendliche Personen belässt, so könnte leicht ein Schluss auf sonstige Fälle (arg. ex contrario) gezogen werden, welcher weder richtig noch beabsichtigt wäre. Es wäre nicht einmal genügend, durch Ausdehnung des § 62 auf die Fälle des § 56 Kinder und Wahnsinnige als die Personen anzuführen, durch deren Veranlassung man selbst handelt. Wer einen Andern durch unwiderstehliche Gewalt oder Drohung (§ 57) zu einer strafbaren Handlung zwingt oder durch entsprechende Täuschung zu einer strafbaren Handlung veranlasst, welche er als solche nicht erkennen kann, hat gleichfalls selbst gehandelt. Wenn die Gattin der Köchin statt Zucker Gift giebt, welches diese sohin in die Speise mischt, die Speise dann auch vorlegt und so unmittelbare Ursache der Vergiftung ist: so hat sie nicht zur Vergiftung verleitet, sondern ist Thäter. Nur wo Schuld — sei es auch nur Fahrlässigkeit — der Zwischenperson vorliegt, ist der Causalnexus mindestens so weit gestört, dass nicht mehr unmittelbare That, sondern nur Veranlassung angenommen werden kann. (Gänzlich durchbrochen wird der Causalnexus durch inzwischen tretende Fahrlässigkeit nicht). § 62 wäre also wegzulassen und die strafrechtliche Beurtheilung des Anstifters der Wissenschaft zu überlassen.

In § 63 ist das Gesetz plötzlich seinem humanen Grundgedanken untreu geworden. Warum hat man § 57, Abs. 4 und 5 des Deutschen Strafgesetzes aufgelassen? vielleicht weil der Verweis nicht in das „System“ passt? Auch beim vorletzten Absatz des § 63 wäre die entschiedenere Fassung des Deutschen Gesetzes oder doch die Fassung zu wählen: „Die Freiheitsstrafen solcher jugendlicher Personen sind, so weit als möglich, in besonderen Anstalten oder Räumen zu vollziehen; jedenfalls sind dieselben von Sträflingen, welche einen nachtheiligen Einfluss auf sie üben könnten, strenge zu sondern.“

Ich will dabei nicht verkennen, dass in Ausnahmsfällen ältere Sträflinge einen guten Einfluss auf jüngere üben können; aber diese Fälle sind so selten und die Gegenfälle so häufig, dass man in der Praxis weit sicherer geht, wenn man, soweit als es durchführbar ist, die strenge Absonderung junger Sträflinge vornimmt.

In Ziffer 3 des § 63, ist in der letzten Zeile das Wörtchen: jedoch, zu streichen; die Umwandlung von Zuchthaus in Gefängnis ist eine Fortsetzung des Grundgedankens, kein Gegensatz.

XIII. Verjährung (§ 66—73).

Im Civilrecht ist der Zeitpunkt der actio nata der Beginn der Verjährung. Da wurde nun die Frage aufgeworfen: wie denn, wenn die Zahlung 6 Monate nach Mahnung zu leisten ist? Nach hartem Kampf entschied man, das Mahnungsrecht könne selbst verjähren; sei gemahnt worden, dann beginne nach 6 Monaten die neue Verjährung.

Auch für den Stillstand der Verjährung infolge von Thatumständen, welche die Rechtsverfolgung hindern, kam man zu einem Billigkeitsstandpunkt. § 1475 bGb. verfügt z. B., dass der Aufenthalt des Eigentümers ausser der Provinz die Verjährung verzögere; „doch soll die Zeit nie weiter als bis auf dreissig Jahre zusammen ausgedehnt werden.“

Diese beiden Resultate wissenschaftlichen Nachdenkens sollten auch in § 68, letztem Absatz, gewürdigt werden. Es könnte dort heissen:

„Ist die Einleitung oder Fortsetzung des strafgerichtlichen Verfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgt, so muss dieses innerhalb der in § 67 vorgeschriebenen Verjährungsdauer in gesetzlicher Weise verlangt werden. Nach Beendigung desselben beginnt die Verjährung auf's neue.

Die Verjährung ruht, wenn vorübergehende Verhältnisse bestehen, vermöge welcher kraft gesetzlicher Vorschrift mit dem Strafverfahren innegehal-

ten werden muss; doch soll die Verjährungszeit hiedurch niemals über zwanzig Jahre bei Verbrechen, über zehn Jahre bei Vergehen, über zwei Jahre bei Uebertretungen verlängert werden.

Dem Schlussatz entsprechend, wäre auch § 71, Abs. 2 abzuändern.

In § 69, Ziffer 4 und 5 sind 2000 fl. dem einjährigen Gefängnis gleichgestellt; § 70 des Deutschen Strafgesetzes hatte 2000 Thaler angenommen. 3000 fl. wäre das Minimum, welches für die längere Verjährungsdauer zu verlangen ist. Der Betrag wäre gerade das Zehnfache des nächstfolgenden Satzes von 300 fl. und insofern auch, ich möchte sagen: ästhetisch berechtigt.

In § 71 ist der Ausdruck: „durch jede auf den Vollzug gerichtete Handlung der Behörde" wohl zu allgemein. Genügt die Einrückung des Steckbriefs in jedem Jahre? Sie ist auf den Vollzug „gerichtet". Sie wird dann zur Gewohnheit werden, und das als Fortschritt anerkannte Institut wird unpraktisch. § 68 StG. spricht von Verfolgungs- und Untersuchungsacten, nicht von Handlungen schlechtweg. Das Deutsche Strafgesetz in § 72 versucht eine ähnliche Einschränkung durch die Bezeichnung der handelnden Behörde („welcher die Vollstreckung obliegt") zu erreichen. Man könnte vielleicht sagen: „durch jede unmittelbar auf den Vollzug gerichtete Handlung".

§ 72 ist meines Erachtens ungerecht. Man weiss, dass Todesstrafen in den seltensten Fällen vollzogen werden, und die Verurtheilung zum Tode sich daher von der zu 20jährigem Kerker praktisch wenig unterscheidet. Schon für die erkannte Strafe soll also aus allen jenen Gründen, welche für die Verjährung der Strafe überhaupt sprechen, die Verjährung mindestens nach Ablauf von dreissig Jahren zugelassen werden. Ist aber gar die Verhandlung noch nicht gepflogen, die Verlässlichkeit von Zeugen und sonstigen Beweismitteln also durch Ablauf langer Zeit ausgeschlossen: so ist die Bestimmung der Unverjährbarkeit ein offenes Unrecht. Die §§ 67 und 70 des Deutschen Strafgesetzes enthalten die Verjährung, und es ist keine Klage gegen sie laut geworden; warum will man sie nicht nachahmen? § 72 wäre wegzulassen; in § 67, Z. 1 die Worte: mit Todesstrafe, einzuschalten; in § 69 vor Z. 1 zu sagen: 1. In 30 Jahren, wenn auf Todesstrafe erkannt ist.

Die Ausdrücke: „Hauptstrafe" und „Nebenstrafe" in § 73 sind nicht dem Gesetze entsprechend gewählt. Es soll wohl heissen:

Mit Verjährung einer rechtskräftig erkannten Strafe wegen unterbliebener Vollstreckung entfallen weder die erkannten und vollzogenen Strafen (§§ 30 bis 33), noch die zuerkannte Geldbusse und die vom Gericht verfügten oder gesetzlichen Folgen des Strafurtheils (§§ 34—46). Soweit die letzteren u. s. w.

Der Beweis für die Notwendigkeit einer Fassungsänderung liegt schon in § 70, der übrigens mit § 73 zu einem Paragraph verbunden werden könnte.[1]

XIV. Strafverfolgung (§§ 80—88).

§ 80 ist unnütz; man könnte ruhig mit § 81 anfangen. In dem Verlangen, dass das Gesetz es aussprechen müsse, wenn ein Delict nur auf Antrag verfolgbar sein soll, ist die Regel, welche ohnehin nicht in das materielle Recht gehört, mitbezeichnet Wenn man will, kann man die Anfangsworte des § 81 etwas verstärken und z. B. sagen: „Die Verfolgung der strafbaren Handlungen erfolgt von Amtswegen. Ist jedoch u. s. w.“

Der Schluss des § 81 könnte zugleich dahin abgekürzt werden: „— so darf die öffentliche Anklage wegen derselben nicht ohne vorhergegangenen ausdrücklichen Antrag des Berechtigten erhoben werden. Der zur Stellung u. s. w.“

Die Bestimmung des § 82, Schlussabsatz ist zu hart, die des § 83 Schlussabsatz zu weich. Man kann die Zurückziehung des Antrags dagegen, dass der Zurückziehende alle infolge seines Einschreitens aufgelaufenen Kosten zn tragen hat (§ 398 StPO.), bis zum Beginn der Hauptverhandlung gestatten, weil erst dann der öffentliche Ankläger dem Publicum gegenüber die Sache zu der seinigen macht. Dagegen sollte auch bei Privatklagen mit der Verkündigung des Strafurtheils das Recht der Zurücknahme erlöschen; das Urtheil des Strafrichters darf niemals Mittel sein, und es würde zum Mittel herabgedrückt, wenn die Parteien sich nach demselben noch vergleichen könnten. Ist eine That so beschaffen, dass das öffentliche Interesse an derselben gar nicht oder in minimalem Grade betheiligt ist, so erkläre man den Thäter nicht für strafbar, sondern nur für ersatzpflichtig (Civildelict).

In § 84 ist Rücksicht auf Delicte zu nehmen, welche sich gegen ganze Classen oder Stände der bürgerlichen Gesellschaft, gegen Religionsgenossenschaften oder Nationalitäten richten. § 496 des geltenden Strafgesetzes erklärt z. B. eine Ehrenbeleidigung dieser Art für besonders strafbar. Aber die Legitimation zur Klage ist bestritten. In einem Falle, wo Jemand alle Beamten geschimpft hatte, erklärte der Cassationshof jeden einzelnen Beamten für klageberechtigt (E. 18. Jän. 1884, Z. 12628, Sammlg. Nr. 610). In den Fällen des § 302 StG. wird dagegen dem einzelnen Angehörigen der Nationalität, Religion oder Classe das Recht des Eintritts als Privatbetheiligter versagt, weil § 47 StPO. von privatrechtlichen Ansprüchen spreche und daher Ersatzrecht voraussetze. § 81, Schlussabsatz, ist hier insoferne erweiternd, als er jede

---

[1] § 74 ist unnütz. Das VI. Hauptstück gehört zu dem II., das VII. von der Strafverfolgung schliesst sich naturgemäss an das V. an, dessen Bestandtheil es im Deutschen Gesetze bildet. Ein Uebergangsparagraph (§ 74) entfällt dann von selbst.

Untersuchung über privatrechtliche Ansprüche ausschliesst, wenn das Recht zur Stellung des Strafantrags feststeht. Hieran schliesst nun § 84 mit seiner Definition des Rechts, die Verfolgung zu beantragen. Man könnte den Schlussatz formulieren:

„Richtet sich die über Antrag oder Privatanklage zu verfolgende strafbare Handlung gegen ganze Classen der Gesellschaft (Nationalitäten, Religionsgenossenschaften, Stände u. a.), so ist jeder Angehörige der Classe zum Antrag oder zur Privatanklage berechtigt."

§ 87 verhütet hiebei den Missbrauch.

Der auf Antrag Dr. Jos. Kopp eingeschaltete § 87b würde kürzer lauten: „Wurde wegen einer nur über Antrag oder Privatanklage zu verfolgenden strafbaren Handlung irrtümlich die Verfolgung von Amtswegen eingeleitet, so gilt der Antrag oder die Privatanklage als rechtzeitig, wenn sich der Berechtigte dem Strafverfahren angeschlossen, oder sein Recht innerhalb dreier Monate, von dem Zeitpunkte angefangen, in welchem wegen dieses Irrtums das Strafverfahren eingestellt oder ein Freispruch gefällt wurde, ausgeübt hat."

Die Fassung des § 88 ist unschön. Besser wäre vielleicht: Wenn ... erhoben worden ist, so ist der andere Theil ohne Rücksicht auf die in § 86 bestimmte Frist berechtigt und bei Verlust seines Rechts auch verpflichtet, die Anklage spätestens vor Schluss der Verhandlung in erster Instanz zu erheben.[1]

XV. Zusammentreffen strafbarer Handlungen. (§§ 75—79.)

§ 75 ist viel zu hart. Wenn der eine Strafsatz in der Strafart, der andere im Höchstmaass strenger ist, soll der Richter die Strafart nach der ersten, das Strafmaass nach der zweiten bestimmen? Da ist aus einem Erschwerungsumstande ein Qualificationsgrund geschaffen worden, der in dieser Strenge allein steht.

Das zeigt sich besonders im Falle des § 76. Hat sich Jemand des Hochverrats in einer Art schuldig gemacht, dass der Richter Staatsgefängnis erkennen würde, und unabhängig davon einer That, auf welche Zuchthaus gesetzt ist, so wäre der Richter genötigt, auf Zuchthaus nicht unter 5 Jahren zu erkennen. Es wäre also richtiger, wenn in § 75 gesagt würde:

[1] In § 65, welcher die Strafaufhebung wegen geleisteten Ersatzes verfügt, sollte auf den Vergleich Bedacht genommen werden. Wenn der Straffällige sich auf Ratenzahlung verglichen hat, bei einer Rate säumig ist, der Beschädigte ihm aber zuwarten will, soll er nicht dem Strafgesetz verfallen sein. Der Wortlaut des § 65 würde dem Beschädigten das Recht der Zufristung nicht gewähren; es ist nicht „voller Ersatz gewährt".

Wenn ... verletzt sind, so richtet sich die Strafe nach der strengsten dieser Bestimmungen.[1] Wäre nach einer in der Strafart milderen Bestimmung eine erheblich grössere Strafzeit zu bemessen, so ist von der letzteren auszugehen und die Strafe nach dem im § 17 bezeichneten Maasstabe in die strengere Strafart umzurechnen.

(Ob Gefängnis für strenger als Staatsgefängnis erklärt werden soll, mag dahin gestellt bleiben).

Bei § 76 wäre hinzuzufügen:

„Wenn nach einer der verletzten Bestimmungen eine strengere Strafart, nach einer andern eine erheblich grössere Strafzeit zu bemessen wäre: so kann der Richter die Umrechnung der letzteren nach § 17 ganz oder nur zum Theile vornehmen."

Dadurch ist namentlich für Fälle vorgesorgt, in welchen ein mit hoher Festungsstrafe bedrohtes Verbrechen mit einem andern concurriert, auf welches nach Umständen des Falls eine weit geringere Zuchthausstrafe entfällt. Der Richter soll dann berechtigt sein, zu verfügen, dass der Sträfling seine Strafe durch gewisse Zeit im Zuchthaus und sodann im Staatsgefängnis abzubüssen habe.

§ 77 entspricht dem derzeitigen § 173 StG., welcher durch die Entscheidung des OGH. v. 14. Jän. 1882, Z. 10447, als ein allgemeiner Grundsatz erklärt wurde, der Anwendung erheischt, wo immer die Criminalität der That oder eine Aenderung des Strafsatzes vom Betrage abhängig ist. Der Grundsatz wurde nach geltendem Gesetze mit Recht auf Handlungen beschränkt, welche unter denselben Verbrechensbegriff fallen. De lege ferenda aber scheint es mir richtiger, dass man Diebstal, Unterschlagung, Hehlerei, Betrug und Untreue, da sie Unterarten derselben verbrecherischen Gruppe bilden, in dem verbrecherischen Angriff wesentlich übereinstimmen, und sich nur in dem Mittel unterscheiden, welches der Thäter nach seiner Stellung und der Sachlage des einzelnen Falls anwendet, in Beziehung auf § 77 einander gleichstellt. Man könnte sagen:

Unter der gleichen Voraussetzung findet die Zusammenrechnung auch zwischen Handlungen, welche Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, Betrug oder Untreue begründen, statt.

In § 78 wäre auszudrücken, dass die Nebenstrafen (übrigens ein dem Gesetze fremder Ausdruck, welcher also entweder durch Rubren oder durch Einschaltung in §§ 29 ff. zu erklären wäre!) und Folgen nur nach der Handlung, auf welche sie angedroht sind, und ohne Rücksicht auf die Gesammtstrafe zu bemessen sind; sonst wird z. B. ein politisches Vergehen, auf welches keine Schmälerung der bürgerlichen Ehre gesetzt ist, durch die

[1] Der zweite Absatz könnte ganz wegbleiben.



Concurrenz mit einem gemeinen derart verändert, dass es nun selbst als gemeines behandelt wird.

Auch bei § 79 ist eine Ergänzung notwendig. In einem concreten Falle, in welchem die erste Instanz (das Bezirksgericht) wegen Uebertretung des Diebstals eine Strafe verhängt und der Verurtheilte sie verbüsst hatte; in welchem dann das Verfahren wieder aufgenommen wurde und das Schwurgericht erkannte, es sei ein Mord begangen worden, jener Diebstahl aber nicht: hat der Cassationshof entschieden, dass eine auf Grund eines späterhin als rechtswidrig aufgehobenen Urtheils verbüsste Strafe nicht als Strafe zu gelten habe. Ein solches Urtheil, meines Erachtens schon nach geltendem Gesetz unrichtig, sollte durch Fassung des § 79 verhütet werden. Es könnte ein Satz (als zweiter) eingeschaltet werden: „Die letztere (die in dem ersten Urtheil verhängte Strafe) ist auch dann zu berücksichtigen, wenn sie verbüsst und in der Folge als nicht gerechtfertigt erkannt wurde. Die Anwendung der Todesstrafe“ u. s. w.

XVI. Versuch (§§ 47—50).

Die Definition des Versuchs ist gewiss sehr schwierig, und § 47 nicht schlechter gefasst als § 43 D. G. Aber ein Fall aus meiner Praxis lässt mich wünschen, dass in demselben eine grössere Vorsicht angewendet werde. Einige Bursche hatten den Plan gefasst, von Wien nach Baden zu fahren, und dort, wenn es möglich sei, einen Diebstal auszuführen. Sie wurden von einem Detective, welcher sich ihnen als Kamerad angeschlossen hatte, verraten und in dem Augenblicke gefasst, da sie in Wien Karten nach Baden nehmen wollten. Ihre That wurde als Versuch bestraft. Man darf sich bei der Beurtheilung nicht durch den Gedanken leiten lassen, die Bursche haben zweifellos stehlen wollen, sie gehören ins Criminal — das Landstreichergesetz ist hiefür weit genug. Die Thathandlung lässt das Verbrechen noch so wenig erkennen, dass ohne die Angabe des Mitschuldigen niemand auf sie raten könnte, und diese objective Eigenschaft muss gefordert werden, wenn man nicht blosse Vorbereitung annehmen soll. Ich glaube daher, dass § 47 gefasst werden sollte: „Handlungen, durch welche die wirkliche Ausübung eines beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens begonnen wurde, sind, sobald aus ihnen die strafbare Handlungsweise erkennbar ist, als Versuch zu bestrafen, sofern“ u. s. w.

Die grössere Strenge der Bestimmung gegenüber § 43, Abs. 2 des Deutschen Gesetzes halte ich für richtig; sie macht nur grössere Vorsicht im speciellen Theile notwendig. Dagegen ist die Bedingung in § 48, Abs. 2, dass „das Mindestmaass mit einem Jahre oder nach Jahren bestimmt sein müsse, damit der Richter beim Versuch bis auf ein Viertheil des niedersten Maasses herabgehen könne“, durch nichts gerechtfertigt. Der Richter wird es ohne gute Gründe ohnehin nicht thun. Lässt man nach meinem Vorschlag die Minima fallen, so erledigt sich der Punkt.

In § 48 b, welcher nach Antrag Dr. Jos. Kopp eingeschaltet wurde, könnte anstatt nochmaliger Erzählung des Thatbestands auf § 77 verwiesen und gesagt werden: „Sind im Falle des § 77 die strafbaren Handlungen zum Theile nur versucht, so finden diese Bestimmungen keine Anwendung, wenn“ u. s. f.

§ 50 ist durch Verschweigung dunkel. Dem ersten Absatz wäre hinzuzufügen: „Die Fälle, in welchen Theilnehmer an der strafbaren Handlung dennoch strafbar bleiben, werden im Gesetze ausdrücklich bestimmt.“ Denn nach Ansicht des Cassationshofs (E. v. 24. Mai 1886, Z. 2099, Samml. Nr. 8921) macht der freiwillige Rücktritt des Thäters vom Versuche den Anstifter oder Gehilfen nicht straffrei; während der Gegensatz zwischen § 50 erstem („wenn der Thäter . .“) und zweitem Absatz („für den Thäter oder Theilnehmer“) die entgegengesetzte Rechtsanschauung der Gesetzgeber bekundet.[1] Der zweite Absatz wäre hübscher, wenn man auch hier die Worte „bleibt straflos“ statt: „hört auf, strafbar zu sein“, anwenden würde.

XVII. Theilnehmer (§§ 51—53).

Nach § 52 wäre vielleicht der richtigere Platz für den in § 62 blos für Veranlassung jugendlicher Personen aufgestellten Grundsatz, wenn man denselben in das Gesetz aufnehmen will. Auch für das bestehende Gesetz hatte der Cassationshof (E. 9. Jän. 1879, Z. 1465, Manz 1888, Nr. 17) verfügt, dass, wenn der Veranlasste (Bedrohte) nach § 2, lit. g straflos belassen werden muss, der Anstifter als Thäter strafbar ist.

Die in § 5, Abs. 2 des geltenden und § 50 des Deutschen Strafgesetzes enthaltene Bestimmung ist im Entwurfe in Consequenz dessen, dass Gründe, welche die Strafbarkeit erhöhen oder mindern, überhaupt nicht aufgenommen sind. Allein die Bestimmung hat eine weitergehende Bedeutung. Ich verweise auf die zu § 5, Abs. 2 StG. ergangenen Entscheidungen. Des Kindesmordes mitschuldig kann nur die Kindesmutter werden (E. v. 19. März 1889, Samml. Nr. 242); die Anwendung des § 157 StG. auf den Thäter hindert nicht die Bestrafung des Anstifters nach § 154 StG. (E. v. 1. Juni 1883, Samml. Nr. 555 u. a.); die Begünstigung des § 463 StG. wirkt auf Mitschuldige nicht zurück (E. v. 17. Febr. 1879, Samml. Nr. 190 u. a.). Dagegen fällt dem Anstifter des Verbrechens nach § 153, wenn ihm auch selbst die persönliche Eigenschaft (des Sohnes) fehlt, Mitschuld am Verbrechen zur Last (E. v. 18. Sept. 1874, Samml. Nr. 24 u. a.).

Es ist also doch wohl notwendig eine Bestimmung des Inhalts aufzunehmen, dass:

---

[1] Uebrigens zeigt § 50, Abs. 2, dass das IV. Hauptstück vom „Theilnehmer“ dem III. vom „Versuch“ vorangehen sollte.

wenn das Gesetz die Strafe für eine Handlung nach Eigenschaften oder Verhältnissen des Schuldigen, aus welchen es seine persönliche grössere oder geringere Strafwürdigkeit folgert, erhöht oder vermindert hat, dies auf die übrigen Schuldigen nicht auszudehnen sei.

Daraus folgt dann, dass, wo das Verhältnis nicht für die persönliche Strafwürdigkeit, sondern für die Natur der strafbaren Handlung maassgebend ist, auch die Mitschuldigen hiedurch betroffen werden. Für Kindesmord hat der Entwurf in § 222 eine Specialbestimmung getroffen; aber die angeführten Beispiele zeigen, dass sie nicht genügt, und dass es auch ratsam ist, dort, wo subjective oder objective Eigenschaft eines Qualificationsgrundes zweifelhaft ist, dies bei der betreffenden Gesetzesbestimmung klar auszusprechen.

XVIII. System des speciellen Theils.

Unser bestehendes Gesetz hat die Verbrechen im ersten, die Vergehen und Uebertretungen gemeinsam im zweiten Theile behandelt. Wir haben seither erkannt, dass Verbrechen und Vergehen, d. h. strafbare Handlungen, welche Kerker (Zuchthaus), und welche Arrest (Gefängnis) verdienen, von einander nicht scharf zu trennen sind, und es ist daher folgerichtig, wenn man die Eintheilung unseres derzeitigen Strafgesetzes nicht beibehielt. Aber Eines hätte man von demselben lernen sollen: dass auch Vergehen und Uebertretungen derselben Gruppe unmerklich ineinander übergehen, und dass eine scharfe Scheidung zwischen ihnen ebenso folgewidrig ist und zur Ungerechtigkeit führt, wie unsere bisherige Scheidung zwischen Verbrechen und Vergehen. Folgerichtig wäre daher eine Eintheilung nach dem Inhalte der strafbaren Handlungen gewesen. Eine Anzahl von Uebertretungen, welche sich in das System nicht hätte einreihen lassen, konnte unter einem Gesammttitel angereiht werden; mit grösserem Recht, als der Entwurf allerhand Verbrechen und Vergehen aus Eigennutz in unnötig buntem Wirrwar im 23. Hauptstück vereinigte. Das Deutsche Strafgesetz hat diesen Gedanken nicht durchgeführt, aber es liess sich in seinen Strafbestimmungen durch das „System“ doch weniger beirren, und liess z. B. bei Beleidigungen neben Gefängnis auch Haft zu.[1]

Das ganze System, welches Vergehen oder Uebertretungen als Gegensätze erklärt, ist aber falsch. Beide können vorsätzliche, beide fahrlässige Handlungen sein, und in diesem Falle verhalten sie sich zu einander nur wie majus und minus. Wenn man eine Unterabtheilung treffen wollte, so hätte sich nach der vom Ausschuss ergänzten Begriffsbestimmung des § 1 des Entwurfs die Eintheilung in vorsätzliche und fahrlässige strafbare Handlungen angeboten, wodurch man zugleich den Zweifel, der in § 1,

[1] Vgl. Berner, 9. Auflage, S. 458: „Ueber den Bruch des Systems . . hat der Reichstag lebhaft verhandelt. Man wollte sogar noch einen stärkeren Systembruch, nämlich Haft bis zu 6 Monaten.“

Schlussabsatz, seinen Ausdruck findet, endgiltig vermieden hätte. Es wäre ohne besondere Schwierigkeit möglich, diese Systemänderung zu bewerkstelligen, und sie hätte den grossen Vortheil, dass man in den Strafbestimmungen nicht beengt wäre, und doch mit dem System im Einklang bliebe. Jedenfalls aber muss mit der Consequenz gebrochen werden, welche die Verfügung der Haft aus dem zweiten Theil des Strafgesetzes verbannt. Es genügt nicht, die einfache Beleidigung als Uebertretung zu erklären und in den dritten Theil des Gesetzes zu verlegen. Auch bei anderen strafbaren Handlungen, für welche Gefängnis die höchste Strafe ist, kann bei besonderen Milderungsgründen Haft gerechtfertigt sein — in ähnlicher Abstufung, wie sie zwischen Zuchthaus und Gefängnis besteht. Ich nenne z. B. die Delicte der §§ 267, 310, 312, 314, 321 u. a. Die Zulässigkeit der Haft für Delicte, auf welche neben Gefängnis Geldstrafe gesetzt ist, geht grundsätzlich schon daraus hervor, dass, wenn auf Geldstrafe erkannt und dieselbe nicht einbringlich ist, anstatt derselben Haft verfügt wird (§ 25 Entwurfs).

Will man sich aber im System zu keiner Aenderung entschliessen, so möge man sein formales Gewissen damit beruhigen, dass alle strafbaren Handlungen, auf welche Gefängnis verhängt werden kann, nach § 1 in der derzeitigen Fassung Vergehen sind, auch wenn wahlweise Haft angedroht wird; nach der von mir vorgeschlagenen Fassung würden sie jedenfalls Vergehen sein können und die allgemeinen Bestimmungen für Vergehen auf sie anwendbar sein, während dies bei den strafbaren Handlungen des dritten Theils ausgeschlossen ist. Man kann also die Haft auch mit Beibehaltung der gegenwärtigen Ordnung in den zweiten Theil des Gesetzes einführen und hat trotzdem eine systematische Scheidung zwischen Vergehen und Uebertretungen, resp. zwischen Delicten, auf welche die allgemeinen Bestimmungen für Vergehen und die für Uebertretungen anwendbar sind. Niemals sollte aber vergessen werden, dass die erste Aufgabe eines Gesetzes nicht ein System, sondern Gerechtigkeit ist. Der Ausschluss der Haftstrafe aus dem zweiten Theil ist offenes Unrecht.

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.[1]

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

VI.

Beschränkungen der Handlungsfähigkeit.

A. Unreifes Alter.

1. Unmündigkeit.

a) Delicte.

1. Ein 9jähriges Kind, das vom Strafrichter wegen Brandlegung der häuslichen Züchtigung überlassen worden, ist zwar dadurch der Schuld überführt, kann aber dennoch zum Ersatz nicht verhalten werden, wenn dessen Vermögen ein unbedeutendes ist, der von der (wechselseitigen) Versicherungsgesellschaft getragene Schaden aber, wenngleich der Ziffer nach bedeutend, jedoch auf die einzelnen Mitglieder vertheilt, sich als unbedeutend darstellt (5. Jän. 1876/5973). S. auch Nr. 2.

b) Processunfähigkeit.

2. Ein Unmündiger kann wegen Besitzstörungshandlungen nicht direct belangt und noch weniger bei Wiederholung der Besitzstörung mit der ihm anlässlich der ersten Besitzstörung angedrohten Arreststrafe belegt werden (31. Dec. 1878/7266).

c) Eidesunfähigkeit.

2a. Die Auftragung des Haupteids setzt notwendigerweise die Eidesfähigkeit des Delaten voraus. Die Eidesdelation an Personen, welche nach § 140 aGO. (§ 214 wGO.) wegen ihrer Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit eine Zeugenschaft in fremder Sache nicht ablegen können, insbesondere an Unmündige, ist demnach nicht gestattet (24. Mai 1865, 16. März 1871, 7. Mai 1872/2183. 4097. 4599).

2b. Die Auftragung des Haupteids an die im § 140 lit. a aGO. (§ 214 wGO.) bezeichneten Personen ist unzulässig (30. März 1881/8351, **JB. 109**).

2. Minderjährigkeit.

a) Rechtsgeschäfte der Minderjährigen.

3. Darlehensverträge minderjähriger Personen müssen im Sinne des § 233 bGb. zu den Geschäften von grösserer Wichtigkeit gezählt werden, als welche sie zu ihrer Giltigkeit die Genehmigung des Pupillargerichts (§ 233), bez. bei Kindern unter väterlicher Gewalt des Curatelgerichts (§ 152) nötig haben (8. Nov. 1877/6642).

4. Der Minderjährige ist durch das in Gegenwart des gesetzlichen Vertreters aufgenommene Darlehen gebunden. Die Einholung der obervormundschaftlichen Genehmigung ist Sache des gesetzlichen Vertreters, nicht des Gläubigers (13. Juni 1861, GH. 1862/7).

---

[1] S. die Bemerkung oben S. 24.

5. Die obervormundschaftliche Genehmigung des mit einem Minderjährigen geschlossenen Vertrags ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückzubeziehen (22. Nov. 1881/9770).

5 a. Der bei einem österr. Gerichte eingeklagte, von einem Inländer vor erreichtem 24. Lebensjahre acceptierte Wechsel muss als ungiltig erkannt werden. Bei der Eigenschaft des Acceptanten als österr. Unterthan ist es gleichgiltig, dass er den Wechsel in Krakau acceptiert und dort zu zahlen sich verpflichtet hat, und belanglos, dass damals das in Krakau geltende französische Recht die Grossjährigkeit auf das Alter von 21 Jahren festsetzte, weil die österr. Gerichte die persönliche Fähigkeit eines Inländers zur Unternehmung eines Geschäfts, wenn solches in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen soll, nach § 4 bGb. nur nach österr. Recht beurtheilen können und dürfen (17. Nov. 1858, P. [Peitler Samml. wechselr. Entsch.] 144).

5 b. Die Einwendung der Minderjährigkeit zur Zeit der Wechselannahme geht aus dem Wechselrecht selbst hervor, kann daher jedem Wechselinhaber entgegengesetzt werden. Hat sich aber der Geklagte zur Zeit der Acceptation für grossjährig ausgegeben, so begründet dies lediglich einen Entschädigungsanspruch, der im Wechselprocess nicht in Betracht kömmt (23. Jän. 1861, PJ. 202; 27. Jän. 1874, GH. 31).

6. Durch den Verlust des einem Minderjährigen gegebenen Darlehens erleidet der Darleiher wohl einen Schaden, allein dafür aus dem Vermögen des minderjährigen Darlehenempfängers schadlos gehalten zu werden, kann er nur dann verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 248 bGb. zutreffen (16. Mai 1866/2497).

7. Hat der Minderjährige aus dem ihm dargeliehenen Gelde die Versicherung der von ihm zur selbständigen Verwaltung übernommenen Liegenschaften und die an denselben notwendigen Reparaturen bestritten, somit dieses Geld zu seinem eigenen Vortheile verwendet, so haftet er aus dieser Bereicherung dem Darleiher, ungeachtet einer eventuellen Verpflichtung der Mutter zur Bestreitung des von dem Minderjährigen gemachten Aufwands (11. Nov. 1885/10788).

8. Die Ausnahmsvorschrift des § 246 bGb., welche als solche streng auszulegen ist, hat einen durch seinen Fleiss bewirkten Vermögenserwerb zur Voraussetzung, in welchem sich der Minderjährige zur Zeit der von ihm in Bezug hierauf übernommenen Verpflichtung bereits befindet, nicht aber einen solchen, welcher für ihn erst in der Zukunft irgend wann eintreten wird (10. Juli 1883/10850).

8 a. Die im § 246 bGb. einem Minderjährigen eingeräumte beschränkte Vertragsfähigkeit macht denselben noch nicht wechselfähig im Sinne des Art. 1 WO. (1. März 1889, C. VII 223).

8 b. Die unter der Voraussetzung des § 247 bGb. begründete Handlungsfähigkeit begreift auch die passive Wechselfähigkeit in sich (29. März 1871, K. 175).

8 c. Der mehr als 20 Jahre alte Minderjährige, dem die Obervormundschaft den reinen Ueberschuss seiner Einkünfte zur eigenen freien Verwaltung überlassen hat, kann sich darum doch nicht wechselmässig verpflichten (1. April 1875, GH. 74).

9. Das von einem Minderjährigen aufgenommene und grundbücherlich versicherte Darlehen convalidiert schon durch Unterlassung der Bestreitung seitens des inzwischen grossjährig Gewordenen (19. April 1871/4131).

9 a. Darin, dass der grossjährig Gewordene die Giltigkeit des von ihm während seiner Minderjährigkeit abgeschlossenen Vertrags nach dem Hfd. v. 29. Aug. 1818 (JGS. 1488) (= GbG. § 62) innerhalb der daselbst bestimmten Frist nicht bestritten hat, ist an und für sich die nachträgliche, durch das Gesetz nicht untersagte Genehmigung des ursprünglich für den Minderjährigen ungiltig gewesenen Vertrags gelegen (19. April 1871, 15. März 1883/4131. 9351).

10. In der Unterlassung der Einlegung von Rechtsmitteln gegen die erste, nach erreichter Grossjährigkeit ergangene Executionsverordnung liegt eine Anerkennung des grossjährig Gewordenen hinsichtlich des während seiner Minderjährigkeit gegen ihn erwirkten Urtheils (1. April 1884/9962).

11. Die Einwendung der Minderjährigkeit, welche der nunmehr grossjährig Gewordene gegen die Klage aus einem Darlehen erhebt, verdient keine Berücksichtigung, weil es nicht angeht, dass der Schuldner mit dem Schaden des

Gläubigers sich bereichere, und vielmehr diesem zurückstellen muss, was er aus dem während seiner Minderjährigkeit geschlossenen Geschäfte empfangen hat (15. Febr. 1879/3711).

12. Ein grossjährig gewordener Gatte ist zur Bestreitung der während seiner Minderjährigkeit eigenmächtig geschlossenen Ehe nicht berechtigt (17. Nov. 1875/5909).

13. Ein Schreiben des zur Rückzahlung eines während seiner Minderjährigkeit empfangenen Darlehens aufgeforderten Grossjährigen, in welchem dieser um Entschuldigung bittet, dass er statt des Geldes einen leeren Brief sende und erklärt, dass es ihm unmöglich sei, die eingegangene Verbindlichkeit zu erfüllen, obgleich er, wenn er könnte, damit nicht zögern würde, enthält eine Anerkennung der Schuld (15. Febr. 1870/3711).

14. Die Thatsache, dass der grossjährig Gewordene seine Zahlungspflicht aus einer während seiner Minderjährigkeit übernommenen Bürgschaft anerkannt hat, ist für sich allein geeignet, seine Zahlungspflicht zu begründen, da die Vertragsverbindlichkeiten des Minderjährigen nicht an und für sich ungiltig sind, sondern nach § 865 bGb. durch die nachfolgende Genehmigung des Vertreters, umsomehr also durch die Anerkennung des Compaciscenten nach erreichter Grossjährigkeit aufrecht erhalten werden können. Dem steht auch der § 1351 bGb. nicht entgegen, welcher bestimmt, dass Verbindlichkeiten, die nie zu Recht bestanden, weder übernommen, noch bekräftigt werden können, weil dieses Gesetz nicht die Verbindlichkeiten des Bürgen und Zahlers, sondern jene des Hauptverpflichteten zum Gegenstande hat (7. Oct. 1870/4408).

14 a. Die Schuldanerkennung seitens des inzwischen grossjährig gewordenen Wechselschuldners ist dem Verzichte auf die Einwendung der Minderjährigkeit gleich zu achten (10. Aug. 1866, P. 433).

14 b. Die nachträgliche Anerkennung der Schuld aus dem von einem Minderjährigen acceptierten Wechsel kann diesem die Wechselkraft nicht gewähren, weil die wechselrechtliche Verpflichtung eben nur durch die Wechselurkunde begründet wird und eine (mündliche) Erklärung nur eine gemeinrechtliche Forderung, keineswegs aber einen wechselrechtlichen Anspruch begründen kann (1. März 1889, C. VII 223).

15. Wenngleich § 244 bGb. im Allgemeinen anordnet, dass ein Minderjähriger keine Verbindlichkeiten eingehen könne, so wird doch diese Anordnung durch die nachfolgenden §§ 246, 247 und 865 eingeschränkt, aus deren übereinstimmendem Sinne sich zweifellos ergiebt, dass das Gesetz nicht eine absolute Unfähigkeit, sondern eine relative vor Augen hatte, der in der That die Unfähigkeit des Wahnsinnigen und des Kindes, welchen die Willensfähigkeit absolut mangelt, ganz verschieden ist von der Handlungsfähigkeit desjenigen, dem nur noch einige Jahre zur Volljährigkeit fehlen. Das österreichische Gesetz gewährt den Minderjährigen seinen Schutz nur, um der Schwäche ihres Urtheils, welches noch nicht gereift ist, zu Hilfe zu kommen. Aber eine solche Begünstigung hat ihre Grenzen und kann nicht so weit gehen, einen unredlichen Minderjährigen zu unterstützen, welcher sich weigert, Verpflichtungen zu erfüllen, die er mit gutem Bedacht eingegangen ist. Wenn ein Minderjähriger ein Geschäft abschliesst, welches er auch bei guter Ueberlegung abgeschlossen haben würde, dann kann er die Erfüllung des Vertrags nicht verweigern. Der Vortheil nun, welchen ein Minderjähriger aus einem Vertrage zieht, darf nicht blos in dem eingeschränkten Sinne eines Geldinteresses aufgefasst werden, sondern man muss ihn auch würdigen mit Rücksicht auf die übrigen Umstände und die übrigen Interessen, welche die bürgerliche Gesellschaft in Anschlag bringt; und insbesondere mit Rücksicht auf Ehre, guten Namen und Ansehen in der Welt. Es ist demnach eine unredliche Klageführung, wenn eine Frauensperson, welche im Alter von 28 Jahren und 9 Monaten als Frau und Mutter, der gegenüber jeder Zweifel über die Grossjährigkeit schwand, die eine ihr (von einem schwachsinnigen Verehrer) geschenkte Forderung an einen Dritten aus Besorgnis der Anfechtung der Schenkung dem Schuldner um einen geringeren Betrag erliess, hinterher nach fünf Jahren dieses Uebereinkommen anficht, und es kann einer solchen Klage nicht stattgegeben werden (11. Jän. 1854/10).

16. Die Bestimmungen des § 248 bGb. bilden eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 244 bGb., dass ein Minderjähriger keine Verpflichtungen auf sich nehmen kann; dieselben müssen daher strenge ausgelegt werden, und wenn sich ein Gläubiger dem Schuldner gegenüber, der sich auf seine Minderjährigkeit beruft, auf die Ausnahmsbestimmungen des cit. Ges. bezieht, so muss er auch beweisen, dass der Letztere bei dem Abschlusse des Geschäfts sich für grossjährig ausgegeben habe und er, Gläubiger, nicht in der Lage war, sich von dessen Minderjährigkeit zu jener Zeit zu überzeugen. Dadurch, dass ein Minderjähriger bei einem Geschäfte der ihm fehlenden Eigenberechtigung nicht erwähnt, wird er nicht jenem Paciscenten gleichgestellt, der sich für grossjährig ausgiebt und dadurch den Gegner in Irrtum führt, wofür ihn das Gesetz eben verantwortlich macht. Auch der Umstand, dass eine Minderjährige selbständige Käufe macht und mit ihrem Gatten eine selbständige Haushaltung führt, kann nicht unter jene Handlungen eingereiht werden, die einem Minderjährigen im § 248 bGb. eine Haftung für das Vorschützen seiner Grossjährigkeit auferlegen (13. Oct. 1869/3535).

17. In analoger Anwendung des § 863 bGb. muss die im § 248 ibid. bezeichnete Verantwortlichkeit eines Minderjährigen für ein von ihm nach zurückgelegtem 20. Jahre eingegangenes Geschäft nicht nur dann als vorhanden angesehen werden, wenn er ausdrücklich schriftlich oder mündlich erklärt, grossjährig zu sein, sondern auch dann, wenn er demjenigen gegenüber, mit welchem er das Geschäft schliesst, auf eine solche Art handelt, welche seine Absicht, demselben glauben zu machen, er sei eigenberechtigt, keinen Zweifel lässt. Eine solche Absicht muss angenommen werden, wenn ein bereits 23jähriger Minderjähriger wiederholt im eigenen Namen für sich Waaren in solcher Menge und von solcher Beschaffenheit kauft, dass der Verkäufer mit Grund annehmen kann, dieselben seien zu einem selbständigen Geschäftsbetriebe des Käufers bestimmt, und wenn dieser ausserdem für die Bezahlung der Waaren dem Verkäufer Wechsel acceptiert, worin gleichfalls seine Tendenz, dem Verkäufer glauben zu machen, dass er wechselfähig, somit grossjährig sei, erkannt werden muss (20. Dec. 1876/6326).

18. Für den Schadenersatzanspruch des Compaciscenten, dem gegenüber ein mehr als zwanzigjähriger Minderjähriger bei Abschluss des Vertrags sich als grossjährig ausgegeben hat, ist ein Beweis über diese Vorspiegelung des Minderjährigen nicht hinreichend, sondern es muss noch bewiesen werden, dass der Compaciscent hierüber nicht leicht Erkundigungen einholen und sich die Ueberzeugung von der Wahrheit des Vorgebens des Minderjährigen nicht verschaffen konnte. Zur Abwälzung eines den Ersteren treffenden Vorwurfs vernachlässigter Vorsicht ist es nicht zureichend, wenn behauptet wird, dass er schon deshalb, weil der Letztere bereits verheiratet, bei der Wirtschaft selbständig thätig ist und nach seinem Aeusseren über 24 Jahre alt zu sein schien, keinen Grund gehabt habe, seiner Beteuerung zu misstrauen; denn nach §§ 248 und 866 bGb. ist ein positives Vorgehen des Compaciscenten notwendig (18. März 1880/7900).

19. Hat sich der Minderjährige bei Abschluss eines Vertrags nicht ausdrücklich als volljährig ausgegeben und liegen keine solchen Umstände vor, aus denen die Absicht des Minderjährigen, den Compaciscenten über sein Alter irrezuführen, gefolgert werden könnte, so kann der Minderjährige aus dem Vertrage nicht haftbar gemacht werden (8. Febr. 1888, C. VI 354).

20. Hat ein Minderjähriger dem Gläubiger eines Kaufmanns brieflich mitgetheilt, dass er das Handelsgeschäft des Letzteren übernommen habe und für dessen Schulden hafte, so finden die §§ 248 und 866 bGb. volle Anwendung, weil der Gläubiger den Minderjährigen nach dem Inhalt seines Briefs für eigenberechtigt halten musste und bei dem Umstande, dass der Verkehr schriftlich von Ort zu Ort stattfand, nicht wohl darüber erst Erkundigungen einholen konnte, daher der Minderjährige für den durch die Täuschung des Gläubigers über sein Alter demselben zugefügten, in dem Betrage seiner Forderung bestehenden Schaden verantwortlich und, da eine arglistige Handlung des Minderjährigen vorliegt (§ 1324 bGb.), dem Gläubiger zur vollen Genugthuung verpflichtet ist (20. Febr. 1872/4884).

b) **Aussereheliche Vaterschaft.**

21. Der minderjährige uneheliche Vater, welcher sich zur Zahlung von bestimmten, seinem Vermögen entsprechenden Alimenten für sein Kind verpflichtet, hat damit, da aus der Anerkennung der Vaterschaft auch seine Alimentierungspflicht folgt, nicht eine besondere Verpflichtung auf sich genommen oder einen onerosen Vertrag eingegangen, zu dessen Giltigkeit die Beistimmung seines gesetzlichen Vertreters erforderlich wäre (4. Dec. 1861/1426).

22. Das Gesetz verpflichtet den Vater zur Alimentierung seines unehelichen Kindes ohne Voraussetzung eines Vermögens auf seiner, des Vaters Seite. Es ist demnach auch ein vermögensloser, in häuslicher Verpflegung stehender Minderjähriger zur Alimentierung seines unehelichen Kindes verpflichtet, insolange seine Unfähigkeit zur Erwerbung der Alimentationsbeiträge nicht nachgewiesen erscheint (1. Mai 1879/7442).

23. Das von einem Minderjährigen abgelegte aussergerichtliche Geständnis (seiner Vaterschaft) ist für ihn von rechtlicher Wirkung (26. Sept. 1882/9102).

c) **Processführung.**

24. Auch minderjährige Eheleute haben sich in Ansehung ihrer aus der ehelichen Gesellschaft herrührenden blos persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten selbst zu vertreten, daher im Eheprocess persönlich vor Gericht zu erscheinen (18. Dec. 1883/9702).

25. Da der minderjährige Ehegatte nach § 106 bGb. für sich selbst in die Scheidung einwilligen kann, so ist zur Klage des minderjährigen Ehegatten auf Scheidung von Tisch und Bett der curatelgerichtliche Consens nicht erforderlich (29. Jan. 1884/9864).

26. Wird ein bereits ergangener Zahlungsbefehl auf Grund der von dem Schuldner gemachten Anzeige seiner Minderjährigkeit und der hierüber gepflogenen amtlichen Erhebung aufgehoben, so kann nicht auch sofort ausgesprochen werden, der Belangte sei die Zahlung nicht schuldig und es müssten ihm die Gerichtskosten zugesprochen werden. Dieser Ausspruch kann nur im Processwege über eine ordnungsmässige Klage erwirkt werden (27. Aug. 1878/7119).

27. Die Executionsführung auf Grund eines mit der Vollstreckungsclausel versehenen, mit einem Minderjährigen geschlossenen, daher ungiltigen Notariatsacts ist unzulässig, ebenso aber auch die Einleitung vorläufiger Erhebungen zur Nachweisung einer Irreführung über die Vertragsfähigkeit (5. Febr. 1885/10416).

28. Durch die grundbücherliche Anmerkung der Minderjährigkeit ist nur der Gutseigentümer in dem Rechte der freien Belastung der Liegenschaft und überhaupt der freien Verfügung mit derselben beschränkt, nicht aber auch sein Gläubiger in der zwangsweisen Hereinbringung der ihm gegen den Minderjährigen rechtskräftig zugesprochenen Forderung gehindert. Es kann demnach das executive Pfandrecht ungeachtet der bücherlichen Anmerkung der Minderjährigkeit des Executen einverleibt werden (31. Mai 1881/8412).

29. Das Gesuch um Bewilligung der Einverleibung des executiven Pfandrechts an der Hypothekarforderung eines vom Strafrichter zu Schadenersatzleistung verurtheilten Minderjährigen, dessen Minderjährigkeit grundbücherlich angemerkt ist, stützt sich auf ein strafgerichtliches Urtheil, gegen dessen Execution unmittelbar wider den Verurtheilten nach § 373 StPO. und § 248 bGb., somit in formeller und materieller Richtung kein Anstand obwaltet, ebensowenig auch nach § 33 lit. d und § 94/2 GbG. gegen deren bücherlichen Vollzug (13. April 1880/7941).

30. Die pfandweise Beschreibung der Invecten und Illaten kann auch gegen einen Minderjährigen bewilligt werden, wenngleich die Klage auf Zahlung des Mietzinses gegen dessen Vertreter gerichtet ist (17. März 1863/1676).

31. Das Hfd. v. 4. Juni 1789 (JGS. 1015) hat allerdings die noch vorhandene Dauer der Minderjährigkeit einer Person zur Voraussetzung, gegen welche mit Uebergehung ihres gesetzmässigen Vertreters gerichtliche Schritte veranlasst worden sind. Dadurch ist aber die Berechtigung des inzwischen grossjährig Gewordenen zur Bestreitung der gegen ihn während der Minderjährigkeit mit Uebergehung seines gesetzlichen Vertreters eingeleiteten gerichtlichen Schritte und Verfügungen nicht ausgeschlossen (29. Jän. 1878/6819).

32. Die Bestreitung der gegen eine minderjährige Person ergangenen Erkenntnisse im Wege einer blossen Anzeige steht nur dem gesetzlichen Vertreter einer minderjährigen Person zu, der grossjährig Gewordene dagegen kann die während seiner Minderjährigkeit geschlossenen Rechtsgeschäfte und die darüber ergangenen Sprüche nur mittelst förmlicher Klage anfechten (24. Febr., 30. Juni 1880/7872. 8033).

33. Da das Aufhören der gesetzlichen Vertretung eines Minderjährigen die Sanierung der während der Dauer derselben vorgekommenen Nichtigkeit der wider den Minderjährigen eingeleiteten gerichtlichen Schritte und Verfügungen keineswegs bewirkt, so kann der Wegfall des gesetzlichen Vertreters dem zur Eigenberechtigung Gelangenden die Befugnis der Geltendmachung des fortdauernden Anspruchs auf Vernichtigung ungiltiger Acte nicht entziehen. Es kann daher ein grossjährig Gewordener auf Aufhebung einer gegen ihn während der Minderjährigkeit ergangenen wechselrechtlichen Zahlungsauflage und Executionsführung Klage führen (5. Dec. 1883/9637).

34. Da nach dem Aufhören der Vormundschaft des grossjährig Gewordenen Fragen aufgeworfen werden können, zu denen sich während der Dauer der Minderjährigkeit keine Veranlassung ergab und über Fragen dieser Art nicht ohne ein im ordentlichen Rechtswege durchgeführtes Verfahren zu entscheiden ist, da ferner das in dem Hfd. v. 4. Juni 1789 (JGS. 1015) und v. 14. Oct. 1803 (JGS. 629) normierte Verfahren nur dann Anwendung findet, wenn die dort erwähnte Nullitätsanzeige von dem gesetzlichen Vertreter der zur Selbstvertretung nicht berechtigten Person, somit noch während der Pflegschaft erstattet wird, so kann der grossjährig Gewordene die Aufhebung des gegen ihn während seiner Minderjährigkeit gefällten Urtheils und des voraufgegangenen Verfahrens nicht ohne weiters begehren, sondern es ist hierüber im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden (8., 15. Jän., 1. April 1884/9834. 9841. 9962).

35. Das Hfd. v. 4. Juni 1789 (JGS. 1015) schreibt bei lit. f die Nichtigerklärung des Verfahrens wegen Mangels der Eigenberechtigung einer Partei nur für das der Urtheilsfällung vorausgehende Verfahren vor und bestimmt ausdrücklich, dass, wenn es zum richterlichen Spruch gekommen wäre, nur dem gesetzlichen Vertreter der nicht eigenberechtigten Partei bevorstehe, die Nichtigerklärung des Urtheils und die Einleitung eines neuen Verfahrens zu begehren. Derjenige, gegen welchen aus einem strafgerichtlichen Entschädigungserkenntnisse von einem Minderjährigen die Execution erwirkt wurde, ist also zu einem Ansuchen nicht berechtigt. Dem Einschreiten des Minderjährigen um die Execution steht auch nicht der § 64 aGO. (§ 57 wGO.) im Wege, da es sich nicht mehr um eine Klage desselben, sondern um die Vollstreckung eines strafgerichtlichen Erkenntnisses über die Privatansprüche des Beschädigten handelt, wozu nach § 363 StPO. (§ 373 StPO. v. J. 1873) jeder Betheiligte, und im Sinne des § 244 bGb. auch ein Minderjähriger berechtigt ist (28. Aug. 1872/4693).

35 a. Der Mangel der passiven Wechselfähigkeit muss rechtzeitig eingewendet werden. Nachdem die Zahlungsauflage in Rechtskraft erwachsen ist, kann dieser Einwand nicht mehr berücksichtigt werden (4. April 1866, PJ. 407; 3. März, 6. Oct. 1869, 29. März 1871, K. [= Krall Samml. wechselr. Entsch.] 102. 107. 176; 26. Sept. 1876, GH. 1877/1).

35 b. Dadurch, dass die Zahlungsauflage in Rechtskraft erwachsen ist, wird die Geltendmachung des Mangels der passiven Wechselfähigkeit nicht ausgeschlossen (5. Nov. 1872, 23. Sept. 1873, GH. 1872 105, 1873 88; 10. Oct. 1876, GZ. 94; 29. Mai 1877, JBl. 30; 27. Aug. 1878, GH. 1879/91).

35 c. Führt der Wechselschuldner nach erreichter Grossjährigkeit den Process über die erflossene Zahlungsauflage, ohne die Einwendung, dass er zur Zeit der Eingehung der Wechselverpflichtung noch minderjährig war, erhoben zu haben, so kann der Mangel der passiven Wechselfähigkeit keine Beachtung mehr finden (10. Juli 1866, P. 432).

35 d. Der Executionsbescheid kann von dem Wechselschuldner aus dem Grunde, dass er zur Zeit der erflossenen Zahlungsauflage noch minderjährig war, im Recurswege nicht angefochten werden (30. Oct. 1872, GH. 1878/45).

d) Eidesfähigkeit.

36. Ein Minderjähriger kann in der Eigenschaft als Vertretungsleister zur Ablegung eines Haupteides nicht zugelassen werden (7. Jän. 1870/3649).

37. Die noch nicht erreichte physische Grossjährigkeit ist kein rechtliches Hindernis der Auftragung des Haupteides an den Mündigen (21. Juli 1881/8455).

38. Einem Mündigen kann der Eid auch über eine dem Eintritte seiner Mündigkeit vorausgehende Thatsache aufgetragen werden (27. Oct. 1881/9762).

39. Minderjährigen Erben kann der Eid über Thatsachen aus der Zeit ihrer Unmündigkeit, von welchen sie sich Kenntnis nicht verschaffen können, nicht zugeschoben werden (3. Febr. 1887, C. V 237).

40. Zu den Personen, welche unfähig sind, die Wahrheit zuverlässig zu erfahren, zählt das Gesetz (§ 140/a aGO. — § 214 wGO.) auch Kinder unter 14 Jahren, und da vorzüglich der Zeitpunkt der Wahrnehmung entscheidend ist, sind auch Angaben, die eine Person im Alter über 14, ja über 20 Jahre in Betreff von Thatsachen macht, welche sie vor dem zurückgelegten 14. Lebensjahr wahrgenommen haben soll, nicht glaubwürdig. Daher ist die Auftragung eines Haupteides unstatthaft, den im Zurückschiebungsfalle eine Person schwören soll, die zur Zeit der Ereignung der zu beschwörenden Thatsache das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat (5. Juni 1884/10065).

40a. S. auch oben Nr. 2a und 2b.

e) Emancipation der Minderjährigen.

41. Die vormundschaftsgerichtlich ertheilte Bewilligung zur Verehelichung einer Minderjährigen kann für die Frage der von ihr angesuchten Grossjährigerklärung mit Altersnachsicht (behufs der freien Verwaltung ihres Vermögens) an sich nicht als maassgebend betrachtet werden, weil bei der Ertheilung des Eheconsenses mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 175 und 260 bGb. die Eigenberechtigung in Betreff der Vermögensverwaltung nicht in Frage gelegen war und eine minderjährige Frauensperson mit der Verehelichung die Eigenberechtigung bezüglich der Vermögensverwaltung nicht erlangt (5. April 1870/3769).

42. Für die Volljährigerklärung durch Bewilligung eines selbständigen Gewerbebetriebs ist das zurückgelegte 20. Lebensjahr des Minderjährigen im Hinblick auf das Hfd. v. 15. Juni 1835 (JGS. 38) keine unerlässliche Bedingung (23. Febr. 1870/3723).

43. Die Vorschrift des § 252 bGb., dass ein Minderjähriger, dem die Betreibung eines Gewerbes von der Behörde gestattet wird, dadurch für volljährig erklärt wird, ist nach dem Hfd. v. 28. Oct. 1829 (JGS. 2437) nicht auf den Betrieb einer Wirtschaft auszudehnen. Es ist demnach ein 20jähriger Minderjähriger, dem die selbständige Bewirtschaftung eines Bauernguts überlassen wurde, nicht verpflichtungsfähig (6. Aug. 1878/7103).

44. Der Vater, der seinem 20jährigen Sohne die Errichtung eines eigenen Geschäfts, mithin die Führung einer eigenen Haushaltung gestattet und ihn dadurch nach § 174 bGb. aus der väterlichen Gewalt schon entlassen hat, kann sich der gerichtlichen Ertheilung der venia aetatis ohne stichhältige Gründe nicht widersetzen (12. Nov. 1867/5965).

44a. Die Anstellung in einem Staats- oder Privatdienst zieht die stillschweigende Entlassung aus der väterlichen Gewalt nicht nach sich. Die Gestattung einer abgesonderten Wohnung kann nicht als Gestattung der Führung einer eigenen Haushaltung (§ 174 bGb.) angesehen werden, worunter nur zu verstehen ist, dass der Betreffende mit anderen Personen in gemeinschaftlichem Haushalte lebe und dem Hauswesen vorstehe (1. März 1889, C. VII. 223).

45. Der Widerruf der gerichtlichen Grossjährigerklärung kann auf die Giltigkeit der inzwischen geschlossenen Geschäfte keinen Einfluss üben (23. Mai 1872/4612).

46. Die gerichtliche Altersnachsicht kann an der letztwillig gesetzten Dispositionsbeschränkung des Legatars hinsichtlich des legierten Gegenstands, welche erst nach erreichter physischer Grossjährigkeit des Vermächtnisnehmers aufhören soll, nichts ändern (20. Jän. 1869/3254).

47. Die Bestimmung des Schlussatzes des § 252 bGb. kann nur dahin verstanden werden, dass der mit Altersnachsicht für volljährig Erklärte durch die Grossjährigkeitserklärung jene Rechte erlangt, welche die wirkliche Erreichung der Volljährigkeit begründet; dagegen können die durch die Erreichung des Grossjährigkeitsalters einer Person bedingten Rechte Dritter durch die Ertheilung der Altersnachsicht nicht alteriert werden. Es vermag demnach, sobald eine Substitution für den Fall des Todes „vor erreichter Grossjährigkeit" erfolgt ist, die ertheilte venia aetatis die Aufhebung des Substitutionsbandes nicht zu bewirken (16. Nov. 1871/4321).

48. Die nach § 252 bGb. erfolgte Erklärung der Volljährigkeit ist überhaupt nur von den civilrechtlichen Folgen der Altersnachsicht zu verstehen, kann jedoch nicht auf die Erwerbung von Rechten ausgedehnt werden, welche durch Vertrag oder letztwillige Anordnung von der wirklich erreichten Grossjährigkeit abhängig gemacht wurden. Es kann demnach ein vertragsmässiger, „bei Erreichung der Grossjährigkeit" zu befriedigender Anspruch nicht schon im Zeitpunkte der gerichtlichen Altersnachsicht geltend gemacht werden (2. Oct. 1879, 29. Sept. 1880/8673. 8793).

49. Kaufleute und Gewerbetreibende sind ungeachtet ihrer Minderjährigkeit wechselfähig (2. Juli 1857, 29. Sept. 1858, 26. Febr. 1861, P. 109. 139. 204; 15. Febr. 1877, GH. 45).

50. Ein minderjähriger Gewerbetreibender ist nur dann wechselfähig, wenn er das Gewerbe mit Bewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde betreibt (14. Juni 1855, P. 355).

(Fortsetzung folgt.)

Literarische Notizen.[1]

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht. Von Otto Gierke, Geheimer Justizrat und o. ö. Professor in Berlin. Leipzig, Duncker & Humblot. 1889.

Die ebenso schwungvollen als tief durchdachten und ebenso scharfen als eindringlichen Kritiken, welche Gierke gleich nach dem Bekanntwerden des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft veröffentlicht hat, liegen hier, vielfach verändert und vermehrt, in einem stattlichen Buche (XIX und 592 SS. stark) vereinigt und systematisch wohl geordnet vor. Gierke's Standpunkt in der gegenwärtigen Entwicklungsphase der deutschen Rechtswissenschaft, wie seine Stellung zu den unsere Zeit bewegenden socialen Fragen ist bekannt. Seine ergebnisreichen Studien auf dem Gebiete des Genossenschaftswesens und seine bewundernswerte Vertrautheit mit dem mittelalterlichen Wirtschafts- und Rechtsleben haben in ihm eine gewisse unverkennbare Eingenommenheit für corporative Gliederung der Gesellschaft und gegen die ungebundene Freiheit des Individuums erzeugt. Von einer Neucodification des bürgerlichen Rechts in Deutschland erwartete er, wenn nicht volle Verwirklichung seiner Ideale, so doch eine grössere Entfernung von den römischen Rechtsanschauungen und eine Annäherung zu den mittelalterlich-deutschen. Der Entwurf steht aber auf dem Standpunkte der heutigen Gesellschaft. Die zur Ausarbeitung desselben bestellte Commission fasste ihre Aufgabe — mit Recht — dahin auf, dass sie nur das geltende Recht zu codificieren, nicht neues Recht zu schaffen oder an der bestehenden Gesellschaftsordnung zu reformieren habe. Der Entwurf findet daher die Billigung Gierke's nicht. Mit wahrhaft bewundernswerter Kraft, mit jener

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

Kraft, welche nur die festgewurzelte Ueberzeugung giebt, greift er den Entwurf von allen Seiten an, deckt dessen Mängel in Form und Inhalt, im Fundament und im Ausbau auf und gelangt zuletzt, die Möglichkeit einer Verbesserung ausschliessend, zu einem unbedingt verwerfenden Urtheil. Zum guten Theil wird man seinen Angriffen die Berechtigung nicht wohl bestreiten können, und das Verdienst, die allerdings recht zahlreichen Mängel des Entwurfs schonungslos blosgelegt zu haben, muss ihm ungeschmälert bleiben, selbst wenn man seinen principiellen Standpunkt nicht theilt und seine Angriffe zum anderen Theil zurückweist, wie das von berufener Seite bereits geschehen ist und wohl noch geschehen wird. Wie immer aber man sich zu der Kritik und zu den Vorschlägen Gierke's stellen mag, die Fülle und die Tiefe der in den vorliegenden Abhandlungen niedergelegten Gedanken, die Klarheit des in alle Theile und alle Einzelheiten des Gesetzeswerks tief eindringenden Blicks, die Meisterschaft im Wort und die Formvollendung der Arbeit fordern unsere Bewunderung. Es ist ein ungemein gehaltreiches und schönes Werk, das da Gierke geschaffen hat, und Niemand wird es aus der Hand legen, ohne dem Verfasser für den köstlichen Genuss zu danken, den es ihm geboten hat, soviel auch von dem Gebotenen abgelehnt werden mag.

Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Heft 14, 15, 16 und 18. Berlin. J. Guttentag (D. Collin) 1889.

Von diesem trefflichen Sammelwerke, dessen bisher erschienene Hefte wir oben S. 173 und S. 289 angezeigt haben, liegen nun vier neue Hefte vor. Das Immobiliarsachenrecht des Entwurfs wird in Heft 14 vom Geh. Regierungsrat Dr. Johannes Krech, das Familiengüterrecht in Heft 15 von Professor Dr. Richard Schröder, ein wichtiger Theil des Erbrechts (die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen überhaupt) in Heft 16 vom Reichsgerichtsrat Dr. Julius Petersen, und endlich die Lehre von den Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffen in Heft 18 vom Geh. Justizrat und Prof. Dr. Otto Gierke kritisch untersucht und beleuchtet. Wiewohl diese Abhandlungen alle vorwiegend der Kritik gewidmet sind, so sind sie doch auch reich an wertvollen positiven Ergebnissen und nach der einen wie der anderen Richtung in hohem Grade belehrend. Das Schicksal des Entwurfs mag welches immer sein, die in diesen Beiträgen niedergelegte reiche Gedankenarbeit wird ihren bleibenden Wert bewahren und nicht minder der Rechtsdogmatik wie der Gesetzgebungskunst erspriesslichen Nutzen gewähren.

Die Landtafel in ihrer gegenwärtigen Gestalt. Eine kurze Darstellung der die Landtafel betreffenden gesetzlichen Bestimmungen mit erläuternden Beispielen für die Praxis von Dr. Heinrich Bartsch, k. k. Landesgerichtsrat. Wien. Carl Konegen. 1890.

Welcher Jurist weiss heute noch etwas von der Octava, von Dominicalgewerben, von Zapfenmaass, Taz, Umgeld, Drittelsteuer und Urbarsteuer? Auf diese und noch gar manche andere längst verschollene Begriffe aus der „guten alten Zeit“ stösst man noch heute in der Landtafel oder dem öffentlichen Buche über landtäfliche Güter nur zu häufig, und wer gerade mit oder in diesem Buche zu thun hat, hat dann mit diesen fossilen Ueberbleibseln der alten Wirtschafts- und Rechtsordnung seine liebe Not. Auch sonst bietet die Landtafel demjenigen, der nicht in den auf sie bezüglichen, mitunter aus sehr alter Zeit stammenden Vorschriften wie in den Traditionen der sich mit ihr beschäftigenden Praxis genau eingeweiht ist, gar manche Schwierigkeit, über welche das gründlichste theoretische Wissen nicht leicht hinweghilft. Als ein sehr dankenswertes Unternehmen wird daher Jedermann das vorliegende Werk begrüssen, welches uns in die Mysterien der Landtafel einführt, indem es nicht nur die innere Einrichtung derselben blosslegt und deren Technik erklärt, sondern auch die auf die Landtafel bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen zu klarer Darstellung bringt und an der Hand von praktischen Beispielen in einer Weise erläutert, dass wir uns in den schwierigsten Fällen leicht orientieren und über jede zweifelhafte Frage sicheren Aufschluss

gewinnen können. Das Werk bildet eine wertvolle Ergänzung zu dem früheren Werke des Verfassers über das allgemeine Grundbuchgesetz und ist gleich diesem allen Praktikern nicht genug zu empfehlen.

Lehrbuch der Gefängniskunde unter Berücksichtigung der Criminalstatistik und Criminalpolitik. Von K. Krohne, Strafanstalts-Director in Berlin. Mit 15 Tafeln. Stuttgart. Ferdinand Enke. 1889.

Zum erstenmale ist hier das gesammte, in seiner Mannigfaltigkeit kaum übersehbare, in der Literatur bisher nur stückweise bearbeitete historisch-statistische und positiv-rechtliche Material des Gefängniswesens zum Gegenstand einer systematischen Darstellung gemacht. Schon die Zusammenfassung und die übersichtliche Ordnung des gewaltigen Stoffs ist daher dem Verfasser als ein nicht geringes Verdienst anzurechnen. Aber auch der Art der Bearbeitung desselben ist alle Anerkennung zu zollen. Die Anlage des Werks ist eine in jeder Beziehung wohl gelungene. Der Verfasser theilt den Stoff in drei Theile. Der erste handelt in neun Abschnitten (S. 1—203) von der Geschichte des Gefängniswesens und von der Einrichtung desselben in den Ländern mit englischem, französischem, nordischem und deutschem Strafrecht und liefert uns ein überaus klares Bild nicht nur von der Entwicklung, sondern auch von der gegenwärtigen Gestaltung des Gefängniswesens in allen europäischen Ländern und Nordamerikas. Den zweiten Theil unter dem Titel „Verbrechen und Strafe" kann man als eine Darstellung der socialen Pathologie, Therapie und Hygiene bezeichnen. Er handelt in fünf Abschnitten (S. 204—288) von Verbrechen und Verbrecher, Strafe und Strafmitteln, Strafvollzug und Strafvollzugssystemen, Strafunmündigen und der Verhütung von Verbrechen. Der dritte Theil bietet uns in drei Abschnitten (S. 289—312) eine sehr instructive Darstellung von dem Gefängnisbau, welche durch eine Reihe sorgfältig ausgeführter Tafeln klar erläutert wird. Der vierte und der fünfte Theil endlich handeln in 15 Abschnitten (S. 313—603) von der allgemeinen und der besonderen Gefängnisverwaltung. Wer nicht einen tieferen Blick in das Gefängniswesen gethan, hat gar keine Vorstellung von dem Umfange und der Mannigfaltigkeit der Aufgaben, welche der Gefängnisverwaltung gesetzt sind. Das vorliegende Werk unterrichtet ihn hierüber gründlich und zeigt zugleich, wie reich entwickelt dieser Theil der staatlichen Verwaltung ist. Allen, die sich für Strafrecht und Strafvollzug interessieren, sei dieses Werk wärmstens empfohlen.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

379.

Zeitliche Collision der Gesetze: Einflusslosigkeit des Gesetzes vom 26. Mai 1888 über die Beschränkung der Execution auf Bezüge aus Privatdiensten auf vor dessen Inkrafttreten erworbene Executionsrechte.

Vgl. oben Nr. 34. 164 mit Nachw.

(E. 4. Juni 1889, Z. 6736 — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 481.)

Ueber das Gesuch des A hat der 1. R. gemäss Art. 5 des Ges. v. 26. Mai 1888 (RGB. 75) die mit dem Bescheide v. 13. April 1888 bewilligte executive Einantwortung und Erfolglassung der Gehaltsbezüge des A wegen 3000 fl. dahin abgeändert, dass dieselbe nur hinsichtlich jenes Geldüberschusses, um welchen der Gehalt und die sonstigen Dienstesbezüge des Gesuchstellers, als beim Baumeister N dauernd angestellten Bauzeichners, den Gesammtbetrag jährlicher 800 fl. übersteigen, in Wirksamkeit bleibe.

Dieser Bescheid wurde über Recurs des Executionsführers B vom OLG. abgeändert und das erwähnte Gesuch des A abgewiesen, weil mittelst des erstr. Bescheids v. 13. April 1888 die executive Einantwortung und Erfolglassung jenes Geldüberschusses, um welchen der Gehalt und die sonstigen Bezüge des Gekl. A den Gesammtbetrag jährlicher 600 fl. übersteigen, auf Grund des Ges. v. 29. April 1873 (RGB. 68) bewilligt wurde, der Kl. B hiedurch ein dingliches Recht erworben hat und demnach gemäss Art. V des Ges. v. 26. Mai 1888 (RGB. 75) dieses Recht in seinem Bestande durch die Bestimmungen des letzterwähnten Gesetzes nicht berührt wird, daher die Abänderung des Bescheids v. 13. April 1888 unzulässig erscheint.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus deren Gründen.

380.

Haftpflicht des Minderjährigen aus Delicten. Ersatzpflicht desselben gegen den Dritten, der für ihn Entschädigung geleistet hat.

(E. 4. April 1889, Z. 2627.)

Der minderj. B hatte sich mehrfacher Diebstäle gegen seinen Lehrherrn C schuldig gemacht, wofür dessen Stiefvater A im Einverständnisse mit dem Vormunde dem C eine Entschädigung von 60 fl. geleistet hat, welche ihm der Vormund zu ersetzen versprach. Die deshalb von A gegen B erhobene Klage wurde indessen vom 1. R. abgewiesen. Das OLG. gab derselben statt aus folgenden Gründen: Nach § 248 bGb. ist jeder Minderjährige, welcher die Jahre der Unmündigkeit überschritten hat, in Hinsicht auf verbotene Handlungen und den durch sein Verschulden verursachten Schaden sowohl mit seiner Person, als auch mit seinem Vermögen verantwortlich. Der Gekl. ist daher verpflichtet, dem Kl. den eingekl. Betrag dann zu bezahlen, wenn nachgewiesen werden sollte, dass der

Gekl. dem Bäckermeister C Gelder stahl, dass der Ersatz des Schadens der aus diesem Diebstahle hervorgieng, mit 60 fl. bestimmt wurde und durch den Kl. dem C ausbezahlt worden war. Was nun die Verübung des Diebstahls anbelangt, so ist es nicht notwendig, dass ein Beweis direct gerichtsordnungsgemäss dahin geführt werde, ob der minderj. Gekl. dem C im J. 1881 Gelder stahl und insbesondere den Betrag von 60 fl., sondern nur, ob der Vormund, wie auch der Kl., als Stiefvater des Gekl. aus den weiter angeführten Umständen die Ueberzeugung gewonnen haben mussten, dass ein Diebstahl durch den Gekl. verübt worden sein musste. Denn sobald sie die Ueberzeugung davon gewonnen haben, dann waren sie als gesetzliche Vertreter des minderj. Gekl. verpflichtet, Namens des Letztgenannten bezüglich des dem C verursachten Schadens einen Vergleich abzuschliessen und diesem Letzteren den verabredeten Ersatz des Schadens zukommen zu lassen, schon deshalb, damit sie von dem minderj. Gekl. die Folgen der strafgerichtlichen Untersuchung und event. Bestrafung abwenden. Dass, wie der Vormund, so auch der Kl. zu dieser Ueberzeugung gelangt waren, wurde durch die Zeugen erwiesen. Denn aus den Depositionen dieser Zeugen kommt hervor, dass C den Kl. schriftlich von dem durch den Gekl. verübten Gelddiebstahl in Kenntnis setzte; dass weiters hierauf der Kl. und der Vormund sich nach Sternberg begeben haben, damit sie diese Angelegenheit in Gegenwart des minderj. Gekl. ordnen, und dass sich dieselben mit C schriftlich in dem Sinne verglichen haben, ihm den Ersatz der durch den Gekl. entwendeten Gelder zu bezahlen. Es liegt sohin erwiesen vor, dass der minderj. Gekl. dem C thatsächlich Gelder stahl, und dass sich der Vormund und der Kl. als die gesetzlichen Vertreter des minderj. Gekl. und in des Letzteren Namen gegenüber dem C verpflichtet haben, dass sie ihm den aus der Thätigkeit des Gekl. hervorgegangenen Schaden ersetzen. Was die Höhe des zu entschädigenden Betrags, der damals verabredet wurde, anbelangt, decken sich zwar die Aussagen der Zeugen D und C nicht, indem dieser den Betrag mit 60 fl. beziffert, jener mit 50 fl. Allein, gemäss des Protokolls v. 2. Juli 1888, welches sich in den Vormundschaftsacten des minderj. B vorfindet, und auf welches sich der Gekl. selbst beruft, berechnete der Vormund den zu entschädigenden Betrag auf 60 fl. und bewilligte dem Kl. den Betrag von 30 fl. als die Hälfte des zu entschädigenden Betrags aus dem Vermögen des minderj. Gekl. Die zweite Hälfte aber verweigerte er nur mit der Bedingung, dass der Kl. mit der Mutter des Gekl., d. i. mit seiner Gattin gemeinschaftlich wirtschaftete, daher die zweite Hälfte aus dem Vermögen der Mutter des Gekl. bezahlt worden sein soll. Nach der Angabe des Zeugen C war es der Gekl. selber, der den ihm durch den Kl. per Postanweisung eingesendeten Betrag per 60 fl. übergeben hat, woraus auch folgt, dass der Gekl. selber mit dem Ersatze von 60 fl. einverstanden war.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Das o. g. U. erscheint durch die ihm beigefügten Motive gerechtfertigt, weil weder ein stricter Beweis darüber, dass der minderj. Gekl. im J. 1881 dem C Geld im Betrage per 60 fl. entwendet habe, noch eine obervormundschaftliche Genehmigung des Vorhabens der Vormundschaft des minderj. Gekl., die Angelegenheit durch Zahlung von 60 fl. zu ordnen, unter den obwaltenden Umständen gefordert werden kann, sondern es genügend erscheint, dass die Vormundschaft unter Intervention des minderj. Gekl. selbst zur Ueberzeugung von der wirklichen Verübung eines Diebstahls des Gekl. und der Notwendigkeit der Verwendung des Betrags per 60 fl. ö. W. zur Abwendung des strafgerichtlichen Einschreitens wider den minderj. Gekl. gelangte, indem ein Einschreiten des obervormundschaftlichen Gerichts durch den Zweck der Abwendung des strafgerichtlichen Einschreitens wider den minderj. Gekl. mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 84 StPO. ausgeschlossen war, der beabsichtigte Zweck nur durch die aussergerichtliche Begleichung der Ersatzansprüche des Beschädigten erreicht werden konnte, dem Ermessen des Vormunds allein anheim gestellt blieb, die Höhe des zu leistenden Ersatzes auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Nachforschungen zu bestimmen, weil endlich auch der Einwand, es habe der Kl. nicht aus eigenem Vermögen den Ersatz per 60 fl. geleistet, in der Erwägung unberücksichtigt bleiben musste, dass die durch den Kl. erfolgte Zahlung des Betrags per 60 fl. ö. W. nachgewiesen ist und von dem Gekl. nicht der Beweis geführt wurde, dass der Kl. den Betrag von 60 fl. von einer andern Person zur Verwendung für den in Rede stehenden Zweck erhalten habe.

381.

Zulässigkeit des Rechtsschutzes für Forderungen ausländischer Actiengesellschaften aus Geschäften in Oesterreich.

(E. 10. Oct. 1888, Z. 8361. GH. 35.)

A hat seine in Oesterreich gelegene Handels- und Fabriksunternehmung zur Herstellung von Eierfabrikaten an die Actiengesellschaft der vereinigten Fabrikate photographischer Papiere in Dresden verkauft, sich jedoch die Leitung des verkauften Unternehmens in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten und Verwalters für Rechnung der Dresdener Actiengesellschaft vorbehalten. Diesem Vorbehalte ist seine Ehegattin B mit der Erklärung beigetreten, dass sie mit ihrem eigenen unbeweglichen Vermögen rücksichtlich aller Ansprüche der Actiengesellschaft an ihren Mann anlässlich der von ihm geführten Verwaltung bis zu dem Maximalbetrage von 20.000 fl. als Bürge und Zahlerin hafte. Als nun A gegenüber der Dresdener Actiengesellschaft aus seiner Geschäftsführung in der von ihm in Oesterreich verwalteten Fabriksunternehmung den Betrag von 56.723 Mark schuldig blieb, erhob die Dresdener Actiengesellschaft gegen B Klage auf Zahlung der Haftungssumme von 20.000 fl. Der 1. R. hat das Klagenbegehren wegen Mangel der activen Klagelegitimation der Dresdener Actiengesellschaft abgewiesen mit der Berufung auf die kais. Vdg. v. 29. Nov. 1865 (RGB. 127), laut deren eine ausländische Actiengesellschaft in Oesterreich nur dann als rechtlich bestehend anerkannt und zum gewerbsmässigen Betriebe ihrer Geschäfte unter ihrer Firma zugelassen werden kann, wenn sie sich vorerst die in dieser kais. Vdg. bestimmte Zulassungserklärung erwirkt hat; eine solche Zulassungserklärung habe die Actiengesellschaft nicht und das Rescript des k. k. MdI. v. 14. Nov. 1884, Z. 17753, weise nach, dass sie sich um eine solche Concession weder beworben, noch sie erhalten habe, woraus folgt, dass dieser Actienverein in Oesterreich keinen rechtlichen Bestand habe, keine Rechte erwerben und vor österreichischen Gerichten kein Recht suchen könne.

Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren und der OGH. bestätigte das o. g. U. Denn nach §§ 33—37 bGb. kommen in der Regel Ausländern gleiche Rechte mit den Eingeborenen zu. Fremde können daher ihre Rechte auch vor österreichischen Gerichten verfolgen und die kais. Vdg. v. 29. Nov. 1865 (RGB. 127) beschränkt ausländische Actiengesellschaften blos in dem gewerbsmässigen Betriebe ihrer Geschäfte in Oesterreich, indem sie zu diesem gewerbsmässigen Betriebe, das ist zum rechtmässigen Bestande in Oesterreich, eine besondere Zulassungserklärung fordert; die eingekl. Forderung ist aber nicht aus dem gewerbsmässigen Betriebe der Fabriken photographischer Papiere in Dresden, sondern aus dem gewerbsmässigen Betriebe der Albuminfabrik und des Handels mit Eierfabrikaten in Oesterreich entstanden, welche Unternehmung A vordem für eigene Rechnung, später für Rechnung der Actienunternehmung betrieb, und welche dadurch, dass sie den Eigentümer wechselte, noch nicht in eine Actienunternehmung übergegangen ist.

382.

Eigentumserwerb des Verpächters an den vom Pächter in das gepachtete Grundstück eingepflanzten Bäumen?

(E. 27. Aug. 1889, Z. 8447.)

Kl. hat in die von der Gekl. gepachteten Grundstücke eine Anzahl von Nuss- und Obstbäumen und Weinstöcken eingepflanzt und begehrt nun die Gestattung der Ausgrabung und Entfernung derselben. Der 1. R. erkannte nach dem Klagebegehren, das OLG. gegen dasselbe. Gründe: Denn nach § 420 bGb. gehören die Pflanzen, mit denen ein fremdes Feld besetzt worden ist, wenn anders die Pflanzen schon Wurzel geschlagen haben, dem Eigentümer des Grundes; dieser gesetzlichen Bestimmung zufolge konnte die Pflanzung der fraglichen Obstbäume und Weinstöcke durch den Kl. nicht etwa mit dem stillschweigenden Vor-

behalte geschehen, dass das Eigentum an den Pflanzen ihm verbleibe, und dass unter Beseitigung der erwähnten gesetzlichen Rechtswirkung die Verbindung der Pflanzen mit dem Grunde nur eine vorübergehende sein solle, vielmehr werden die Pflanzen durch das Einsetzen und das ohne Zweifel bereits längst eingetretene Wurzelschlagen in eine ohne Verletzung der Substanz nicht trennbare Verbindung mit Grund und Boden gebracht, wodurch die bis dahin an ihnen bestandenen besonderen Eigentumsansprüche erloschen, sie wurden dadurch, unbeeinflusst von der Absicht, die den Kl. bei der Anpflanzung geleitet haben mag, Eigentum der gekl. Gesellschaft, und es erlangte der Kl. im Grunde des vorliegenden Vertrags lediglich das Recht der Benützung dieser Pflanzungen als eines integrierenden Bestandtheils des Pachtgrunds; hieraus resultiert nach § 1109 bGb. die Verpflichtung des Kl., der Gekl. nach Ablauf der Pachtzeit das Bestandobject, insoweit dasselbe der Verpächterin eigentümlich ist, also den Grund sammt den darauf befindlichen Pflanzungen zurückzustellen, zumal auch der Vertrag diesfalls eine Bestimmung zu Gunsten des Kl. nicht enthält, indem, wenn auch mit dem 1. R. die Bestimmung des dritten Absatzes, „dass dem Pächter für allenfällige Herstellungen und Meliorationen ein Ersatz nicht geleistet werde", nur auf den Fall der einseitigen Kündigung des Vertrags bezogen werden wollte, dadurch doch nur die Frage des Ersatzes für geleistete Meliorationen und Herstellungen auf dem Pachtgrunde berührt, nicht aber die Berechtigung des Kl. statuiert würde, durch Entfernung der Pflanzungen einen widerrechtlichen Eingriff in eine fremde Eigentumssphäre zu unternehmen. Bei dieser Sachlage findet das klägerische Begehren auch keine Begründung in der weiteren Bestimmung des § 1109 bGb., wonach die Sache in dem Zustande, in welchem sie übernommen worden ist, zurückzustellen ist, weil eben ein Zurückgreifen auf den bei Abschluss des Pachtvertrags bestandenen Zustand des Pachtguts nur innerhalb der gesetzlichen Schranken und mit Beachtung der Vorschriften des Gesetzes selbst stattfinden kann.

Der OGH. fand das erstr. U. wieder herzustellen aus den nachstehenden Gründen: Das erstr. U. wurde wieder hergestellt, weil zwischen den Streittheilen ein Bestandvertrag unterwaltet, daher die Rechtsfrage nicht nach der aus dem Eigentumsrechte entsprungenen Bestimmung des § 420 bGb., sondern nach den Grundsätzen über den Bestandvertrag zu lösen ist; weil nach § 1090 bGb. der Kl. den Gebrauch eines öden Weidegrunds von der Gekl. um den jährlichen Pachtzins von 5 fl. bis 1. Mai 1889 erworben hat; weil derselbe nach § 1109 bGb. lediglich verbunden ist, diesen Weidegrund nach geendeter Pachtung der Bel. in jenem Zustande zurückzustellen, in welchem er ihn übernommen hat, indem der Pachtvertrag v. 30. Mai 1877 eine von diesen allgemeinen Grundsätzen abweichende Anordnung nicht enthält, sondern blos bestimmt, dass dem Pächter für allenfällige Herstellung oder Meliorationen kein Ersatz gebührt; weil demnach der Kl. allerdings berechtigt erscheint, die von ihm auf dem Weidegrund neu angepflanzten Bäume und Weinstöcke während der Pachtzeit wieder auszugraben und zurückzunehmen.

Bemerkung der Redaction. Die E. wäre vollkommen begründet — nach Preussischem Recht. Das ALR. I 9 § 275 lässt, in bewusster Abweichung von dem römischen Rechtsgrundsatze: solo cedit quod solo implantatur, „das Eigentum des Samens oder der Pflanzen, womit fremder Grund und Boden bestellt werden", demjenigen zufallen, „welchem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt", und da dem Pächter während der Pachtzeit das Nutzungsrecht des gepachteten Grundstücks zukommt (ALR. I 21 § 258 ff.), so darf derselbe das Eingepflanzte bei Erledigung der Pacht mit sich nehmen. Vgl. Stobbe Deutsches Priv.-R. II S. 59 fg., Koch ALR. ad I 9 § 275, Förster-Eccius Theorie und Praxis III § 173 N. 39. Das österr. Gesetzbuch hat aber in § 420 den Grundsatz des römischen Rechts aufgenommen. Dieses geht von der Annahme aus, dass die im fremden Grund eingewurzelte Pflanze alio terrae alimento eine andere geworden sei, und lässt darum dieselbe nicht nur während der Verbindung mit dem Boden, sondern auch nach Auflösung der Verbindung dem Eigentümer des Grundes gehören (§ 31. 32 Inst. de rer. div. 2, 1, l. 7 § 13 l. 9 pr. l. 26 § 1 D. de adquir. rer. dom. 41, 1). Dies gilt angesichts des klaren Wortlauts des § 420 bGb. unstreitig auch nach österr. Recht. Wie daran der Bestand eines Pachtverhältnisses zwischen dem

früheren Eigentümer der Pflanzen und dem Eigentümer des Grundstücks etwas ändern soll, ist nicht ersichtlich. Mit dem Pachtverhältnisse hat doch die natürliche und rechtliche Wirkung der implantatio oder inaedificatio absolut nichts zu schaffen. Der Pachtvertrag giebt dem Pächter, wenn das Grundstück nicht etwa zum Zwecke der Anlegung einer Baumschule gepachtet oder sonst die rechtliche Folge der Verbindung der Pflanzen oder des Gebäudes mit dem Boden durch Verabredung der Parteien beseitigt wurde, sicherlich kein Recht, das Eingepflanzte oder Eingebaute dem Eigentum des Verpächters zu entziehen.

383.

Wirkung der Vorrangseinräumung (Prioritätsabtretung): Unerheblichkeit der späteren Tilgung der zurücktretenden Forderung für die Rangordnung der vortretenden *

(E. 29. Mai 1889, Z. 5856. — GZ. 40.)

Für den N haftete aus der Urkunde v. 21. Jän. 1848 pfandrechtlich auf der Liegenschaft x eine Forderung von 437 fl. 50 kr.; für die A wurde in der Folge auf dieser Liegenschaft auf Grund der Urkunde v. 25. Oct. 1873, verfacht am 10. Nov. 1873, eine Forderung von 300 fl. c. s. c. pfandrechtlich einverleibt. Zwischen N und A hafteten seit 14. Nov. 1872 Satzposten von je 400 fl. c. s. c. für B und C. Mit der Urkunde v. 18. Sept. 1873, verfacht am 10. Nov. 1873, räumte N der Forderung der A per 300 fl. c. s. c. das Pfandvorzugsrecht vor seiner damals aufrecht bestehenden Forderung per 437 fl. 50 kr. ein. In der Folge wurde die Forderung des N laut Quittung vom 20. August 1875 durch Zahlung getilgt. Nachdem das Hypothekargut versteigert worden war, meldete N seine Forderung bei der Kaufschillingsvertheilung nicht an; wohl aber geschah dies seitens der A bezüglich ihrer Forderung per 300 fl. c. s. c. und verlangte sie die Befriedigung aus dem Erlöse vor den Forderungen der B und C. Als diese Beiden sich dem unter Anerkennung der Liquidität der A'schen Forderung widersetzten, brachte die A gegen B und C die Klage auf Anerkennung ihrer Vorrechtsrangordnung ein. In erster Instanz wurde die Kl. mit ihrem Begehren abgewiesen. Gründe: Es handelt sich um die Frage, ob durch die Tilgung der zurücktretenden Hypothek der Hypothekarnachstehungsvertrag seine rechtliche Wirksamkeit verliert, oder ob demselben vielmehr eine definitive Wirkung beizulegen ist, so dass er ohne Rücksicht auf das Erlöschen der zurückgetretenen Hypothek für immer seine volle Rechtswirksamkeit behält. Fasst man das Wesen der Hypothekarnachstehung ins Auge, so besteht dasselbe darin, dass in einem Vertrage der zurücktretende Hypothekargläubiger dem vortretenden Hypothekargläubiger das Recht einräumt, im Falle der Subhastation des Pfandobjects die Bezahlung seiner Hypothek vor jener des Zurücktretenden aus dem auf seine Forderung entfallenden Executionserlöse zu erhalten. Eine Abtretung der Forderung oder der Hypothek an den Begünstigten, ein sogenannter Stellentausch, wird zwischen den Parteien gar nicht bezweckt und durch den Vertrag nicht begründet, daher sich der begünstigte Gläubiger jede erfolgreiche Bestreitung der Forderung und des Pfandrechts des zurücktretenden Gläubigers gefallen lassen muss. Was die Erlöschungsarten des Hypothekarnachstehungsvertrags betrifft, so erlischt derselbe in erster Linie durch Subhastation des Pfandobjects und Vertheilung des Meistbots, weil in diesem Falle der zurücktretende Gläubiger das, was er zu leisten schuldig war, geleistet hat (§ 1412 bGb.); er wird aber auch, weil gegenstandslos und wegen Unmöglichkeit der Leistung für den zurückgetretenen Gläubiger (§ 878 bGb.), durch die vom Schuldner ausserhalb der Execution erfolgte Bezahlung des begünstigten Gläubigers erlöschen. In diesem Falle ist der Vertrag als niemals geschlossen zu betrachten und der zurücktretende Gläubiger tritt, weil der Fall einer Vorrückung für die Zwischenhypothekare nicht vorhanden ist, wieder in sein Recht, an der ursprünglich besseren Stelle aus dem Executionserlöse Befriedigung zu erhalten. Desgleichen muss der Hypothekarnachstehungsvertrag dann erlöschen, wenn die Forderung des zurückgetretenen Gläubigers vor erfolgter Subhastation des Pfandobjects durch Zahlung von Seite

* Die Literatur hierüber s. bei Geller GbG. § 30.*



des Schuldners getilgt worden ist, weil durch den Hypothekarnachstehungsvertrag ein Umtausch der Pfandrechte zwischen dem zurücktretenden und dem begünstigten Hypothekargläubiger gar nicht bewirkt wird und der Begünstigte daher aus einer erloschenen und überhaupt nicht angemeldeten Forderung nicht mehr befriedigt werden kann. Dazu kommt, dass, wenn der zurückgetretene Gläubiger von dem Schuldner ausserhalb der Execution bezahlt wurde, dessen Forderung und Pfandrecht sofort erlischt, weil die im § 469 bGb. gebotene Verfachung der Löschungsquittung für die Länder des Verfachbuchs zur Tilgung einer Hypothekarschuld nicht erforderlich ist; daraus folgt, dass die Zwischenhypothekare, welche in ihrem Anspruche auf Vorrückung durch den sie nicht berührenden Hypothekarnachstehungsvertrag nicht geschädigt werden können, sofort und ohneweiters mit ihren Pfandrechten in der Rangordnung in die frei gewordene Hypothek einrücken und daher den späteren, durch den Nachstehungsvertrag begünstigten Hypothekar, falls die zurückgetretene Forderung erloschen ist, von der Befriedigung an deren Stelle ausschliessen. Der Hypothekarnachstehungsvertrag äussert seine Wirkung nur insoferne und insolange, als die zurückgetretene Hypothek zu Recht besteht und könnte bei dem Vorhandensein von Zwischenhypothekaren ein Definitivum nur dann geschaffen werden, wenn der begünstigte Hypothekar den Nachstehungsvertrag auch mit jedem der Zwischenhypothekare schliesst, wodurch er endgiltig das Recht auf Befriedigung an der bevorzugten Stelle erwirbt. Da dies im vorliegenden Falle nicht zutrifft, war das Klagebegehren abzuweisen.

Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren. Gründe: Es steht die Frage zur Lösung, ob die Prioritätseinräumung absolut in der Veränderung des objectiven Bestands der Rangordnung wirkt, oder nur relativ ohne diese Wirkung. Bei Prüfung dieses Rechtsverhältnisses ist vor allem die Absicht der Contrahenten ins Auge zu fassen. Die Absicht in der Prioritätseinräumung ist dahin gerichtet, dass der Hypothekar der Forderung Desjenigen, zu dessen Gunsten dieselbe gewährt wird, den Vorrang vor der eigenen Forderung einräumt, also derselben nachstehen will. Ehe die Pfandsache nicht versteigert und der Erlös vertheilt wird, hat diese Einräumung keinen Erfolg; sie kommt erst im Collisionsfalle zur Geltung. Der nachstehende Gläubiger will weder eine Cession noch eine Obligation begründen. Der Gläubiger, im vorliegenden Falle die A, ist bereit, ein Darlehen zu geben, findet aber in der zu gewährenden Hypothek nicht genügende Sicherheit im Falle der Realisierung des Pfandrechts nach § 447 bGb. Dies ist durch die beabsichtigte Prioritätseinräumung möglich, weil der Gläubiger, dem sie gewährt wird, vor dem nachstehenden Hypothekar zur Befriedigung kommt. Nur in dieser Voraussetzung wird das Darlehen gegeben. Der eingeräumte Vorrang steht daher dem begünstigten Gläubiger absolut zu, insolange seine Forderung und das Pfandrecht besteht, und ist durch die Verfachung der betreffenden Urkunden mit dieser Forderung eng verbunden. Durch die Verfachung wird das Vorrangsrecht ein dinglich wirkender Rechtsact, kraft dessen der begünstigte Gläubiger ein- für allemal berechtigt ist, vor dem den Vorrang einräumenden Gläubiger und vor den Zwischenhypothekaren die Befriedigung aus dem Erlöse zu erlangen. Er kann niemals mehr bekommen, als dem nachstehenden Gläubiger zukommt, während dieser nach der Reihenfolge der Pfandrechte mit seiner Forderung oder dem nicht gedeckten Rest auf jenen Platz verwiesen wird, der dem begünstigten Gläubiger für seine Forderung ohne die Pfandvorzugseinräumung zusteht. Dieses erworbene Recht des begünstigten Gläubigers ist unverletzbar und kann nicht durch Willkür eines Dritten verändert werden; es besteht, wenn auch die nachstehende Hypothek nachträglich gelöscht oder bei der Realexecution nicht angemeldet wird. Die verfachbücherliche Vorrangseinräumung bildet eine Belastung der Vorhypothek und kann als solche einseitig nicht aufgehoben werden. Ist zur Zeit der Feilbietung des Pfandobjects die nachstehende Hypothek erloschen, so bleibt der Vorrang, weil derselbe der noch aufrechten Forderung des Begünstigten gewährt worden ist. Auch nach § 30 GbG. kann dieses Fortbestehen des Rangs nicht zweifelhaft sein. Derselbe wahrt das Interesse der Zwischenhypothekare nur insoweit, dass die ihnen über Abzug der vorstehenden Gläubiger gebürende Summe des Kauferlöses niemals verkürzt werden kann und dass der nachstehende und der begünstigte Hypothekar nicht gleichzeitig und im selben Range ihre Rechte

geltend machen können. Keineswegs ist aber damit gemeint, dass der Zwischenhypothekar ein Recht auf Vorrückung hat. Jeder Gläubiger ersieht aus dem Hypothekarcertificate den Lastenstand; er weiss, dass sein Vormann seine Forderung superverpfänden oder einem Dritten cedieren kann. Die Sicherheit seiner Forderung kann er nur vom Werte der Sache mit Abzug der vorausgehenden Passiven berechnen, nicht aber auf den Wegfall von vorangehenden Hypotheken Bedacht nehmen. Das eingeräumte Vorzugsrecht stört das Vorrücken der Zwischenhypothekare nicht mehr oder weniger, als das vom Vorhypothekar einem Dritten gewährte Afterpfand. Der Zwischenhypothekar wird im Vorrücken gehindert aber dadurch nicht in seinem Rechte verletzt. Die Zwischenhypothekare stehen unter einander in keinem Rechtsverhältnisse, sie werden durch die Vorrechtseinräumung nicht berührt. Sie haben nur das Recht, im Sinne des Hfd. v. 19. Nov. 1839 (JGS. 388) mit dem ihnen gebürenden Pfandrechte prioriert und auf den Erlös angewiesen zu werden, und zwar auf jene Summe, welche nach Abzug der Forderungen der vorgehenden Gläubiger noch übrig bleibt. Der begünstigte Gläubiger kann aber auch für seine etwa grössere Forderung nur so viel bekommen, als die Höhe der nachstehenden Forderung beträgt.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Die Bestreitung des Klagebegehrens ist nicht gerechtfertigt. Der Hypothekargläubiger erlangt durch die rechtliche Erwerbung des Pfandrechts, d. i. durch die Einverleibung der dasselbe einräumenden Urkunde oder des dasselbe ertheilenden richterlichen Bescheids in die öffentlichen Bücher nicht blos das Recht, aus dem Pfandgegenstande die Befriedigung zu erlangen, falls er zur bestimmten Zeit nicht bezahlt wird, sondern auch das weitere Recht, bei einer eventuellen Berechnung und Vertheilung des Meistbots infolge executiver Versteigerung des Pfandobjects nach jenem Range zur Befriedigung zu gelangen, nach welchem seine Forderung in die öffentlichen Bücher eingetragen erscheint. Ueber dieses letztere Recht kann er nach Belieben verfügen, indem er einer gleichzeitig oder später eingetragenen Hypothekarforderung den Vorrang vor seiner eigenen Hypothekarforderung einräumt. Wird diese Vorrechtseinräumung in die öffentlichen Bücher einverleibt, so wird sie für den Begünstigten zu einem absoluten, gegen Jedermann seine Wirkung äussernden Rechte. Da aber eine solche Vorrechtseinräumung selbstverständlich und, wie dies auch im § 30 GbG. klar ausgedrückt wird, die Rechte der hiebei nicht intervenierenden Zwischengläubiger in keiner Weise beeinträchtigen kann, so kann dieselbe auch nur bis zum Höchstbetrage der Pfandforderung des den Vorrang einräumenden Hypothekargläubigers wirksam sein, und zwar in der Art, dass bei der Vertheilung des Meistbots nicht die Hypothekarforderung des den Vorrang einräumenden Hypothekargläubigers, sondern jene des später eingetragenen Hypothekargläubigers, welchem der Vorrang eingeräumt worden ist, bis zur Höhe der ersteren oder, falls diese höher als die begünstigte wäre, zum ganzen Betrage am Platze des Prioritätscedenten vor Allem zu berechnen kommt, während die Forderung des Prioritätscedenten an ihrem Platze nur mit dem eventuellen Mehrbetrage über die Forderung des Prioritätscessionars, jedoch nur nach dieser selbst mit dem dieser letzteren gleichen Betrage, aber nur in der bücherlichen Rangordnung der Forderung des Prioritätscessionars in Betracht kommt. Dadurch wird aber dem Rechte der Zwischenhypothekargläubiger in keiner Weise Abbruch gethan, weil diese lediglich das Recht haben, nach dem ihnen zukommenden bücherlichen Rang befriedigt zu werden und dieses Recht ihnen auch bei der Einräumung des Hypothekarvorrangs nach dem Vorhergesagten vollkommen gewahrt bleibt. Diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall angewendet, ergiebt sich, dass bei der Meistbotvertheilung am vierten Platze, an welchem die Forderung des N per 437 fl. 50 kr. c. s. c. mit Rücksicht auf das demselben eingeräumte Pfandrecht v. 21. Jänner 1848 zu locieren wäre, vor allem die Forderung der A per 300 fl. c. s. c. auf Grund der Urkunde vom 25. Oct. 1873 (verfacht 10. Nov. 1873) und der Prioritätseinräumungserklärung des N vom 18. Sept. 1873 (verfacht 10. Nov. 1873) ohne alle Rücksicht auf die Forderung des N in Betracht zu ziehen kommt, während diese letzte Forderung mit dem die A'sche Forderung übersteigenden Betrage von 137 fl. 59 kr. zwar ebenfalls am vierten Platze, jedoch erst nach der Forderung der A, mit dem Restbetrage von 300 fl. aber am siebenten Platze, d. i. in dem der A'schen Forderung ohne Rücksicht

auf den eingeräumten Vorrang zukommenden Range in Frage kommt. Es ist demnach für die Forderung der A ganz gleichgiltig, dass die Forderung des N zwar nach erfolgter Vorrechtseinräumung, aber doch noch vor der executiven Versteigerung des Pfandobjects bezahlt und zur Execution angemeldet worden ist.

384.

Pfandrecht des Vermieters an den Illaten. 1. Unerheblichkeit der mala fides superveniens für den Bestand des durch die Illation erworbenen Pfandrechts. 2. Unerheblichkeit der Wegbringung der Illaten für den Bestand des durch pfandweise Beschreibung bereits fixierten Pfandrechts.

(E. 5. Juni 1889, Z. 6384.)

Die vom 1. R. zugelassene Exscindierungsklage wurde vom OLG. abgewiesen. Gründe: Die Kl. hat gegen den Gekl. als Executionsführer einen Exscindierungsanspruch erhoben. Das Wesen eines solchen Anspruchs ist auf Aufhebung einer gerichtlichen Execution, rücksichtlich auf Aufhebung eines gerichtlich erwirkten Pfandrechts gerichtet. Mit dem Exscindierungspetite wurde, wie üblich, das Begehren auf Anerkennung des kl. Eigentumsrechts an den der gerichtlichen Pfändung unterzogenen Effecten verbunden. Der Gekl. hat das kl. Eigentumsrecht an den exscindierten Effecten anerkannt, aber unter Bezugnahme auf § 1101 bGb. den aufrechten Bestand seines Pfandrechts an den erwähnten, der mit dem Executen im gemeinsamen Haushalte lebenden Kl., Ehegattin des Letzteren, gehörenden, in die Mietlocalitäten eingebrachten und pfandweise beschriebenen Effecten behauptet, während von der Kl. der rechtliche Bestand dieses Pfandrechts gleichfalls unter Beziehung auf § 1101 bGb., dann §§ 367 und 456 bGb., dann unter Hinweisung auf eine Benachrichtigung des Gekl. von dem Eigentumsrechte der Kl. durch den Executen, ferner auf die im vorliegenden Processe erfolgte Eigentumsanerkennung und auf die vom Gekl. gestattete Wegführung der invecta et illata aus den Mietlocalitäten bestritten wurde. Weil nun aber der Gekl. unbestritten in das Bestandvertragsverhältnis zu dem Gatten der Kl. eingetreten ist, weil er daher nach § 1101 bGb. auch an den in die Bestandslocalitäten eingebrachten, den Bestandnehmern blos anvertrauten Effecten ein gesetzliches Pfandrecht hatte, welches durch die erwirkte pfandweise Beschreibung und sohin durchgeführte executive Superpfändung in ein gerichtliches Pfandrecht umgewandelt wurde; weil ferner die der Gattin des Bestandnehmers gehörigen Mobilien mit Rücksicht auf § 1238 bGb. als dem Bestandnehmer, Bestandzinsschuldner und Executen anvertraut zu gelten haben; und weil das demnach für den Gekl. an den Mobilien der Gattin des Bestandnehmers gerichtlich erworbene und protokollarisch ausgezeichnete Pfandrecht durch die angeblich von dem Gekl. concedierte Wegführung der Pfandobjecte aus den Bestandlocalitäten nicht aufgehoben wurde, so erscheint das eigentliche Exscindierungsbegehren der Klage, nemlich das Begehren um Erkenntnis auf Nichtbestand, Aufhebung und Löschung des erworbenen executiven Pfandrechts unbegründet.

Das o. g. E. wurde vom OGH. bestätigt, weil Gekl. als Vermieter auf die fraglichen Effecten zur Zeit, als selbe noch in seinem Hause sich befanden, wider den Gatten der Kl. wegen des schuldigen Mietzinses das Pfandrecht erwarb, Kl. die Ausübung desselben nach § 1101 bGb. gestatten muss, da die Effecten als ihrem Gatten anvertraut zu betrachten sind, und dies umsomehr, als ein genügender Beweis darüber, dass dem Gekl. schon beim Beginne des Mietvertrags dieser Umstand bekannt war, nicht angeboten ward und aus der im Laufe des Processes erfolgten Anerkennung des Eigentumsrechts der Kl. der Schluss darauf nicht gezogen werden kann; weil ferner Gekl. dadurch, dass er in die Wegführung der Effecten aus seinem Hause gewilligt hat, noch keineswegs auf das Pfandrecht verzichtet hat, weil es übrigens in diesem Processe auch nicht darum, ob Gekl. dem jetzigen Vermieter gegenüber ein Vorrecht wird beanspruchen können, sondern nur darum sich handelt, ob das Pfandrecht gegenüber der Kl. erloschen sei.

385.

Correalität. Rückgriff des einen Correalschuldners, welcher eine gemeinschaftliche Schuld zu Gerichtshanden erlegt hat, gegen den andern.

(E. 30. Jän. 1889, Z. 539. — GH. 41.)

Zwischen A, B, C und D war im Jahre 1884 ein Gesellschaftsvertrag über den gemeinschaftlichen Betrieb einer Badeanstalt geschlossen worden. In diesem Vertrage war bestimmt, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Erben desselben seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen, wie sich derselbe am Tage der letzten Jahresbilanz herausstellt und ausserdem die seit der letzten Bilanz geleisteten Einzahlungen in der Weise zu erhalten haben, dass der ganze Betrag in fünf gleichen Jahresraten sammt 5% Zinsen, die erste Rate beginnend am 1. Oct. des Todesjahres, zahlbar ist. Die Bilanz wurde alljährlich im September aufgestellt und hierauf wechselten die Gesellschafter gegenseitig schriftliche Erklärungen aus, worin jedem von ihnen durch die übrigen drei Gesellschafter sein Antheil an dem Gesellschaftsvermögen bestätigt und die Verpflichtung solidarisch eingegangen wurde, im Todesfalle den Erben des verstorbenen Gesellschafters diesen ermittelten Vermögensantheil nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags hinauszuzahlen. Die letzte in dieser Weise auf Grund der errichteten Bilanz ausgestellte und ausgewechselte Erklärung war die vom 30. Sept. 1886, in welcher die vier Gesellschafter gegenseitig anerkannten, dass der Antheil eines jeden einzelnen am Gesellschaftsvermögen 18.367 fl. 8 kr. betrage und sich für den Fall des Ablebens eines von ihnen unter sich solidarisch verpflichteten, den Erben des Verstorbenen diese Summe in fünf gleichen Jahresraten sammt 5% Zinsen hinauszuzahlen. Am 7. Dec. 1886 starb D und seine erbserklärten Erben verlangten von A und B die Zahlung der ersten Rate dieses Antheils. A und B erlegten wohl diesen Betrag sammt Zinsen in einem Sparcassabuche, erkannten jedoch den Gesellschaftsantheil des verstorbenen D nur mit 6212 fl. 8 kr. an. Sie vereinbarten mit den Erben des D, dass sie den Rechtsweg gegen dieselben wegen Herabsetzung ihres Anspruchs auf 6212 fl. 8 kr. betreten und der erlegte Betrag, falls A und B obsiegen sollten, als Vorauszahlung der weiteren Jahresraten zu betrachten sei. C war später als D gestorben und seine Erben betheiligten sich an diesem Erlage nicht. Von A und B auf Zahlung des dritten Theils der erlegten Summe belangt, wendeten sie nun ein: 1. Dass die Kl. noch keine Zahlung, sondern einen im Processwege nicht gerechtfertigten Erlag bewirkt haben, daher auch vom solidarischen Mitschuldner noch keine Zahlung verlangen können; und 2. dass die Kl. das Guthaben der Erben des D nur mit 6212 fl. 8 kr. beziffern, wegen des Mehrbetrags gegen diese Erben einen Rechtsstritt führen, somit nur den fünften Theil dieses anerkannten Betrags sammt Zinsen zu zahlen verpflichtet waren, weshalb eine Vorauszahlung dem Correalschuldner nicht zum Nachtheile gereichen könne.

Der 1. R. verurtheilte die Gekl. zur Zahlung eines **Drittels** der vom Betrage per 6212 fl. 8 kr. berechneten **ersten Jahresrate** und wies die Kl. mit dem weiteren Begehren dermalen ab. Das OLG. bestätigte über Appellation beider Theile dieses U. im ersten Absatze und änderte es im zweiten dahin ab, dass es die Gekl. auch zur Zahlung dieses weiteren Betrags verhielt, **Gründe**: Da die Erben nach D die Zahlung begehrten und mit der Einleitung gerichtlicher Schritte drohten, der Gesellschafter C aber seiner Verpflichtung zur Zahlung eines Drittels nicht nachkam, so waren die anderen zwei Gesellschafter — die gegenwärtigen Kl. — genötigt, diesen Betrag aus eigenen Mitteln vorzustrecken, um einen Rechtsstreit und die Execution abzuwenden. Die Verpflichtung der Verlassenschaft des mittlerweile am 23. März 1888 auch verstorbenen C zum Ersatze des dritten Theils obiger Summe von 4466 fl. 78 kr. ergiebt sich daher aus der Bestimmung des § 896 bGb. Die Einwendung der Erben nach C, dass eine Zahlung nicht erfolgt sei, sondern blos ein Erlag mit Vorbehalt, dass daher die Bestimmung des § 896 bGb. nicht platzgreife, hat der 1. R. gehörig widerlegt und wird auf die erstrichterlichen Gründe über den ersten Theil des Urtheils

verwiesen.[1] Dieselben Gründe, wie solche sich auf den ersten Absatz des U. beziehen, sprechen auch für den zweiten Absatz. Es ist wohl richtig, dass gegen die Erben nach D ein Streit auf Reducierung seines Antheils auf die Summe von 6212 fl. 8 kr. im Zuge ist und dass im Falle des Obsiegens von Seite der Kl. der ursprüngliche Antheil herabgesetzt werden wird; allein der Erlag des Betrags von 3673 fl. 41 kr. reicht nicht über obige Summe von 6212 fl. 8 kr., so dass, im Falle die Kl. obsiegen sollten, wohl eine Ueberzahlung des einen Fünftels, keineswegs aber des ganzen Antheils stattgefunden hätte, woraus aber für die Gekl. kein Nachtheil sich ergeben würde. Die Bestimmung des § 894 bGb. kann hier nicht angewendet werden, weil die Kl. mit den Erben nach D keine lästigeren Bedingungen eingegangen sind, sondern blos so viel erlegt haben, als sie nach dem derzeitigen Stande der Sache zu erlegen verpflichtet waren.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. in Erwägung, dass die Zustimmung der Erben des D zur klägerischerseits behaupteten, die Tilgung des deponierten Betrags nicht alterierenden Verwahrung nachgewiesen ist; dass eine weitere Verwahrung geklagterseits nicht behauptet wurde; dass insbesondere die kl. Behauptung, dass die Erben nach D die erfolgte Deponierung als Zahlung anerkennen, geklagterseits nicht widersprochen wurde, somit nach § 11 GO. für wahr zu halten ist, dass hierin die o. g. E., auf deren Begründung im Uebrigen verwiesen wird, ihre Rechtfertigung findet, zumal ein etwaiger Compensationsanspruch der Gekl. im Verfahren nicht geltend gemacht wurde.

386.

Kündigungsrecht des Pächters nach der Zwangsversteigerung des Pachtgegenstands. Kündigungstermin.

(E. 8. Sept. 1889, Z. 9906.)

B hat den Meierhof x von C auf die Zeit vom 1. Dec. 1883 bis 30. Nov. 1898 gepachtet. Am 30. Dec. 1888 ist dieser Meierhof zwangsweise versteigert und von A erstanden worden, dem nun B am 31. Jän. 1889 den Pachtvertrag für den 30. Nov. 1889 kündigte. Die hiegegen von A erhobenen Einwendungen wurden vom 1. R. abgewiesen. Das OLG. erklärte die Aufkündigung für unwirksam. Gründe: Der Bestandvertrag ist ein obligatorischer Vertrag (§ 1090 bGb.), welcher nur die Rechte und Pflichten der Contrahenten berührt; dritte am Vertrage nicht betheiligte Personen erwerben durch denselben weder Rechte noch treffen sie aus demselben Pflichten. Aus dieser rechtlichen Natur des Bestandvertrags würde folgen, dass bei einem Wechsel in der Person des Eigentümers des Bestandobjects der neue Eigentümer vermöge des ihm zustehenden Eigentumsrechts von dem Bestandnehmer das sofortige Räumen des Bestandsobjects fordern könnte. Diese strenge Consequenz hat das bGb. aus Zweckmässigkeitsgründen in der Weise durchbrochen, dass die §§ 1120 u. 1121 anordnen, der Bestandnehmer müsse zwar dem Eigentümer weichen, wodurch dem Rechte des Eigentümers Genüge geschieht, dass es aber dieses Weichenmüssen dadurch beschränkt, dass im Interesse des Bestandnehmers dem Erwerber eine vorausgehende gehörige Kündigung zur Pflicht gemacht wird. Hiebei spricht das Gesetz nur von dem neuen Eigentümer, und dieses mit vollem Rechte; denn das, was den Bestandnehmer betrifft, anzuführen, ist nicht nötig, weil dieses unter die Regel fällt. Eine weitere Aenderung erleidet dieses obligatorische Verhältnis dann, wenn der Bestandvertrag bücherlich eingetragen und das Recht des Bestandnehmers hie-

[1] In diesem Theile der erstr. Urtheilsbegründung ist ausgeführt, dass der von den Kl. bewirkte Erlag nach § 1425 bGb. als gerechtfertigt erkannt werden müsse, ohne dass dieserwegen ein Rechtsstritt abgeführt wurde. Die Kl. kannten zur Zeit des Erlags diejenige Person nicht, welche zur Empfangnahme berechtigt war. Wohl waren ihnen die erbserklärten Erben des D bekannt, doch sind diese nach § 145 kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) in der Regel nicht zur Eincassierung der ausstehenden Forderungen berechtigt und haben die Gekl. gar nicht behauptet, dass einer der in der bezeichneten Gesetzesstelle angeführten Fälle vorlag, woraus sich diese Berechtigung ergeben hätte. Es sei daher nicht nötig, den zweiten Rechtfertigungsgrund des Erlags zu erörtern, dass die Erben nach D mit dem ihnen von den Kl. angebotenen kleineren Betrage nicht zufrieden waren. Der gesetzlich gerechtfertigte Erlag habe aber dieselbe Rechtswirkung wie die Zahlung.

durch nach § 1095 bGb. dinglich wird. Aus diesen Gründen zählt das bGb. den Erwerb des Bestandobjects durch einen neuen Erwerber zu den Auflösungsarten des Bestandvertrags. Daraus folgt, dass nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der neue Erwerber kraft seines Eigentumsrechts nicht verlangen kann, dass der bisherige Bestandnehmer das Bestandverhältnis weiter erhalte. Aus dem Eigentumsrechte lässt sich ein solcher Anspruch nicht deducieren und das Gesetz hat es positiv nicht angeordnet. Die Sorge für einen etwaigen Bestandnehmer überlässt das Gesetz dem neuen Eigentümer. Wenn B in dem früheren Pachtvertrage sich auch verpflichtet hatte, denselben mit jedem neuen Erwerber des Bestandsobjects zuzuhalten, so kann A hieraus keine Rechte für sich ableiten, weil sie an dem Vertrage nicht betheiligt erscheint und es nicht darauf ankommt, was die Parteien wollten oder beabsichtigten, sondern was sie nach dem Gesetze können, und aus dem erwähnten Pachtvertrage kann ein unbetheiligter Singularsuccessor keine Rechte erwerben. . . . Auch durch concludente Handlungen wurde der Bestandvertrag vorliegends nicht fortgesetzt. Sowohl bei der Feilbietung als auch bei der Besitzeinführung am 22. Dec. 1888 erklärte B den Bestandvertrag nicht fortzusetzen; es konnte durch den Dissens ein Consensualvertrag unmöglich zustande kommen. Uebrigens hat A bei der Besitzeinführung eine ausweichende Antwort ertheilt, und erst in der notariellen Erklärung v. 28. Jän. 1889 ist eine bestimmte Willensmeinung zu finden. Auf Grund dieser Erwägungen gelangte das OLG. zu dem Schlusse, dass noch kein bestehendes Bestandverhältnis gegen die Kl. den Gegner bindet, und dass daher, weil kein Bestandvertrag besteht, für eine Kündigung desselben kein Raum ist. Die Kündigung des B musste aber, ihre rechtliche Möglichkeit vorausgesetzt, für verspätet gehalten werden; denn die Erklärung, den Bestandvertrag nicht fortzusetzen, wurde nicht angenommen, sondern ausweichend beantwortet, und von da an wäre also die Pflicht gewesen, zu kündigen. Die Kündigung erscheint aber auch schliesslich immer unter der Voraussetzung ihrer rechtlichen Möglichkeit ungehörig. Denn A hat das Recht, wie beide Theile zugeben, zu einer sechsmonatlichen Kündigung. Diesem Rechte gegenüber kann B keine Kündigung mit der Räumungsfrist bis 30. Nov. 1889 geltend machen, ohne das klägerische Recht zu verletzen. Die Berufung auf den Inhalt des Pachtvertrags ist dem neuen Eigentümer gegenüber unzulässig. Wenn B vermeint, es würde dem A freistehen, mit einer anderen kürzeren Frist zu kündigen, so übersicht sie, dass durch eine solche Kündigung die vorliegende nicht beseitigt würde. Es könnten dann etwa zwei rechtskräftige Kündigungen mit verschiedenen Räumungsfristen nebeneinander stehen, was doch offenbar zu den grössten Verwirrungen führen müsste. Der Standpunkt, der hier eingenommen erscheint, wurde zwar von den Parteien nicht geltend gemacht; B gieng freilich vom richtigen Ausgangspunkte aus, er hat aber aus den richtigen Principien nicht die richtigen Consequenzen gezogen. Da es sich aber um eine Rechtsfrage handelt, ist das Gericht verpflichtet, das Gesetz anzuwenden ohne Unterschied, ob die Parteien auch diese Auffassung theilen und geltend machen oder nicht.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Die Gründe schliessen sich, was die Statthaftigkeit der Kündigung anbelangt, den Erwägungen des OLG. über den Nichtbestand eines die gekl. Seite an die Kl. bindenden Rechtsverhältnisses an, gelangen aber zu dem Schlusse, dass der gekl. Theil Mangels eines besonderen Uebereinkommens berechtigt war, die nur mit der Executin eingegangene Pachtung aufzuheben, daher auch seinen bezüglichen Willen der Kl. zu erklären, das ist die Pachtung aufzukündigen, da das Recht zur Kündigung aus der Natur des Pachtvertrags, als eines rein obligatorischen Verhältnisses, keinem Zweifel unterliegt. Weiter wird ausgeführt: Allein auch die von der Kl. gerügte Verspätung der Kündigung ist schon deshalb nicht vorhanden, weil ein die Fortsetzung der Pachtung betreffendes Rechtsverhältnis zwischen den Streittheilen nicht entstanden war, das blos factische Verhältnis aber jederzeit der Aufhebung zugeführt werden konnte. Abgesehen davon war für die gekl. Seite der zwingende Anlass, sich darüber zu äussern, ob sie den mit den Vorbesitzern der Kl. abgeschlossenen Pachtvertrag mit der Letzteren fortsetzen wolle oder nicht, nicht schon, wie das OLG. vermeint, nach der ausweichenden Erklärung bei der Besitzeinführung, sondern erst nach der ausdrücklichen Erklärung der Kl. v. 28. Jän. 1889 gegeben, weil erst bei Unterlassung einer Aeusserung oder Kundgebung

auf diese Erklärung mit Grund auf die stillschweigende Annahme derselben seitens des gekl. Theils hätte geschlossen werden können. Wenn nun der Gegentheil diese Erklärung mit der der Kl. am 11. Febr. 1889 zugestellten Kündigung ablehnend beantwortet hat, dann ist eine Verspätung selbst, wenn auf den vorliegenden Fall die im § 22 der kais. Vdg. v. 16. Nov. 1858 (RGB. 213) bestimmte Frist analog Anwendung finden würde, nicht eingetreten. Ebensowenig erfolgte die Kündigung ungehörig. Denn bei Abgang eines Vertragsverhältnisses war für die Kündigungsfrist das Gesetz maassgebend. Dieses bestimmt im § 1116 bGb. und im § 2 der cit. Vdg. bei Pachtungen eine Kündigungsfrist von wenigstens sechs Monaten vor der Uebergabe, bez. Abtretung des Bestandgegenstands. Dieser gesetzlichen Anordnung entsprach B; denn das Gesetz verlangt nicht, dass die Kündigungsfrist gerade sechs Monate, sondern nur die Zeit zwischen der Kündigung und der Abtretung des Objects wenigstens sechs Monate betragen müsse. Was Rechtens wäre, wenn auch A vom Kündigungsrechte Gebrauch gemacht hätte, ist, da dieser Fall nicht eintrat, nicht weiter zu erörtern. Bei der Grundlosigkeit der Einwendungen wurden dieselben vom 1. R. mit Recht abgewiesen.

387.

Aufforderung an einen Baumeister zur Mitbewerbung um einen Bau unter Vorlage eines Kostenvoranschlags: Einladung zu einem Offert oder locatio conductio operis hinsichtlich des Kostenvoranschlags?

(E. 29. Mai 1889, Z. 3894.)

Der Klage des A gegen B auf Zahlung einer Entlohnung von 80 fl. für einen Kostenvoranschlag wurde vom 1. R. unbedingt, vom OLG. nur unter der Bedingung stattgegeben, dass der Gekl. den Haupteid dahin, „es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, dass er den Kl. A ausdrücklich beauftragt habe, ihm (Bekl.) einen detaillierten Kostenvoranschlag für den Bau eines zwei Stock hohen Zinshauses zu verfassen“, nicht ablegt.

Gründe: Der Kl., Baumeister A, stützt seinen Anspruch auf die Behauptung, der Bekl. B habe ihn ungefähr Mitte Febr. 1888 ausdrücklich beauftragt, ihm einen detaillierten Kostenvoranschlag für den Bau eines zwei Stock hohen Zinshauses zu verfassen. Wird diese Thatsache erwiesen, so ist hiedurch gemäss § 1152 bGb. zwischen den Streittheilen ein Lohnvertrag zustande gekommen und erscheint das Klagebegehren mit Rücksicht auf den Ausspruch der Sachverständigen, welche die Entlohnung des gelieferten Kostenvoranschlags mit 80 fl. ö. W. als angemessen bezeichnet haben, auch seiner Höhe nach völlig begründet. Der Bekl. stellt nun in Abrede, dass er dem Kl. einen Auftrag zur Herstellung eines solchen Kostenvoranschlags ertheilt habe und führt seinen motivierten Widerspruch dahin aus: es sei wohl richtig, dass er dem Kl. gegenüber seine Absicht ausgesprochen habe, nach einem bereits vorhandenen und dem Kl. zur Einsicht mitgetheilten Bauplane ein Haus zu bauen. Er habe dem Kl. weiters mitgetheilt, dass er von zwei Baumeistern bereits Kostenvoranschläge erhalten habe — hiebei habe er auch den Kl. eingeladen, ihm einen Kostenvoranschlag vorzulegen, wenn er sich um den Bau bewerben wolle, der Bau würde dann demjenigen Bewerber übertragen, dessen Kostenvoranschlag dem Bekl. am besten conveniere. Der 1. R. findet in dieser Erzählung derartige Umstände, die keinen Zweifel übrig lassen, dass der Bekl. das vom Kl. gelieferte Werk bei diesem, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch in einer Weise bestellte, dass der Kl. nach § 863 bGb. die Bestellung als erfolgt ansehen musste. Das ist jedoch keineswegs richtig. Vor allem ist zu bemerken, dass das Gutachten der Sachverständigen, insoweit es sich dahin ausspricht, dass die Erstattung des Kostenvoranschlags jedenfalls honoriert werden müsse, soferne nicht ausdrücklich Nichtzahlung vereinbart worden ist, nicht in Betracht zu ziehen ist, da ein Beweis über Rechtsfragen auch in Handelssachen nicht durch Sachverständige geliefert werden kann und die Sachverständigen mit dem obigen Ausspruche in jedem Falle, auch wenn das fragliche Geschäft von dem 1. R. als Handelsgeschäft angesehen wird, ihre Befugnis überschritten und in die richterliche Competenz eingegriffen haben. Es

ist vielmehr das Vorgehen des Bekl., wie er es darstellt, allerdings lediglich eine Aufforderung an den Gegentheil, ihm ein Offert zu machen und kann eine Bestellung hierin sicher nicht gefunden werden. Dies ergiebt sich klar, wenn man sich die Frage vorlegt, ob der Bekl., die Richtigkeit seiner Erzählung der Thatsachen vorausgesetzt, berechtigt gewesen wäre, seinerseits auf Herstellung des bedungenen Werks, d. i. des Voranschlags, gegen A zu klagen. Aus dem Umstande, dass es dem Kl. freistand, sich am Wettbewerbe um den beabsichtigten Bau zu betheiligen oder nicht, folgt die Verneinung dieser Frage mit Notwendigkeit. Hieraus aber ergiebt sich, dass ein Lohnvertrag in diesem Falle nicht vorliegen könne, da ein solcher die Erzwingbarkeit der Herstellung des bedungenen Werks zur logischen Voraussetzung hat. Dass der Kl. Mühe und Kosten auf die Herstellung des Voranschlags verwendet hat, kann auf die richterliche Entscheidung umso weniger Einfluss üben, als zu bedenken ist, dass es keineswegs im Wesen des Offerts liegt, dass dasselbe notwendig kostenlos sei; vielmehr gehören etwaige Kosten desselben zu dem mit der Führung eines jeden Geschäfts notwendig verbundenen Aufwande, welcher im Ertrage der wirklich eingegangenen Geschäfte seine Deckung zu finden hat. Die Sachverständigen geben zwar an, dass ein Kostenvoranschlag in der Regel honoriert werde. Es wurde aber nicht dargethan, ja nicht einmal behauptet, dass dieser Gebrauch dem Bekl. zur Zeit seiner Aufforderung an den Gegner thatsächlich bekannt war oder doch, seiner Beschäftigung nach, bekannt sein musste, und kann daher die Constatierung dieses Umstandes zur Auslegung des Vertragswillens seitens des Bekl. nicht herangezogen werden. Vielmehr hätte es dem Kl. obgelegen, den Bekl. sofort auf diesen Usus aufmerksam zu machen und so dessen Wirkung dem Vertragsgegner gegenüber sich zu sichern. Dass dies geschehen sei, kommt aber nicht vor. Aus allen diesen Erwägungen ergiebt sich sonach, dass die vom Bekl. behaupteten Facta sich unter den Begriff der Bestellung nicht subsumieren lassen, sondern vielmehr eine Widersprechung der Klagsbehauptungen enthalten, wodurch sich für den Kl. die Notwendigkeit der Beweislieferung ergiebt. Da nun Kl. den entscheidenden Umstand der Beauftragung lediglich durch den Haupteid darzuthun sich erboten und da Bekl. diesen Haupteid angenommen hat, so war auf denselben abzugehen.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her aus nachstehenden Gründen: Das OLG. hat in dem Sachverhalte, wie solcher von dem Bekl. in Berichtigung der Ausführungen des Kl. zugestanden wurde, eine ausreichende Grundlage für die Annahme der unbedingten Verpflichtung des Bekl. zur Erfüllung des Klagsanspruchs deshalb nicht gefunden, weil es in dem Vorgehen desselben lediglich eine Aufforderung an den Kl. zur Einbringung einer Bauofferte, nicht aber auch die Bestellung einer Arbeit erblicken zu können glaubte. Dieser Anschauung kann nicht beigepflichtet werden. Denn dem Bekl. war es nicht blos darum zu thun, in dem Kl. einen dritten Bewerber um die Ausführung des von ihm beabsichtigten Hausbaues zu gewinnen, er wollte von demselben für den Fall, als dieser sich um die Bauausführung bewerben sollte, auch einen Kostenvoranschlag auf Grund der demselben übergebenen Baupläne erlangen, um davon als Bauherr den ihm geeignet scheinenden Gebrauch zu machen. Für diesen Fall hatte daher der Bekl. die Anfertigung eines Kostenvoranschlags dem Kl. vorgeschrieben, und da diese Anfertigung schon ihrer Natur nach und nach dem ausdrücklichen Gutachten der Sachverständigen sich als eine technische Vorarbeit der Bauführung darstellt, wie solche von den Baumeistern gewerbsmässig geleistet wird, so war in der Aufforderung des Bekl. an den Kl. zur Lieferung eines Kostenvoranschlags auch die Bestellung einer Arbeit im Sinne des § 1152 bGb. gelegen. Da Gekl. den von dem Kl. verfassten Kostenvoranschlag, d. i. die von ihm bestellte Arbeit angenommen hat, so wäre Kl. infolge dessen berechtigt, das Entgelt dafür zu begehren, da nach § 1152 und 1163 bGb. vorauszusetzen ist, dass Gekl. stillschweigend in die Verabfolgung des angemessenen Lohns hiefür bei der Bestellung gewilligt hat. Bei dem Umstande, als die Sachverständigen den vom Kl. beanspruchten Betrag per 80 fl. als eine der geleisteten Arbeit entsprechende Entlohnung erklärten, musste nach § 1152 bGb. bei dem Abgange einer besonderen Vereinbarung über deren Höhe dem Kl. dieser Betrag, und zwar unbedingt zugesprochen, rücksichtlich das erstr. U. wieder hergestellt werden.

388.

Berechnung des Pflichttheils ex testamento: Abzug des dem überlebenden Ehegatten gebürenden lebenslänglichen Fruchtgenusses.

(E. 17. Sept. 1889, Z. 10728.)

In den Vorinstanzen wurde der Pflichttheilsausweis der zur Universalerbin eingesetzten erblasserischen Witwe, welche bei Berechnung des den drei Kindern zugedachten Pflichttheils den ihr nach § 757 bGb. gebürenden lebenslänglichen Fruchtgenuss von einem Achtel des Nachlasses in Abzug gebracht hatte, zur Richtigstellung in dem Punkte zurückgestellt, dass der lebenslängliche Fruchtgenuss nicht zu verwahren sei, weil gemäss § 774 bGb. der Pflichttheil ganz frei bleiben muss und jede denselben einschränkende Belastung ungiltig ist, ausserdem gemäss § 757 bGb. dem überlebenden Ehegatten der Nutzgenuss nur bei der gesetzlichen Erbfolge zukommt, im vorliegenden Falle jedoch die erblasserische Witwe sich auf Grund des Testaments erbserklärt hat, sie daher gemäss § 808 bGb. zu einem weiteren Anspruche aus der gesetzlichen Erbfolge nicht berechtigt ist.

Das OLG. wies den Recurs gegen diese Verfügung aus den Gründen der ersten Instanz und unter besonderem Hinweis auf die Einreihung des § 757 bGb. im Capitel von der gesetzlichen Erbfolge ab.

Der OGH. erkannte, dass die begehrte Verwahrung des lebenslänglichen Fruchtgenusses des entsprechenden Theilbetrags vom Pflichttheile genehmigt wird, weil das Gesetz im § 765 bGb. jedem Kinde als Pflichttheil die Hälfte dessen bestimmt, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, daher bei Ausmessung des Pflichttheils alle Ansprüche in Abzug zu bringen sind, welche bei der gesetzlichen Erbfolge den Erbtheil geschmälert hätten, zu diesen Ansprüchen auch der dem überlebenden Ehegatten nach § 757 bGb. gebürende lebenslange Fruchtgenuss gehört, und weil der § 774 bGb. nur den gebürenden, daher gesetzlich berechneten Pflichttheil zur Voraussetzung hat.

B. Handels- und Wechselrecht.

389.

1. Zulässigkeit des Antrags auf Vorlage der Handelsbücher nach eingeleitetem Processe. — 2. Angabe des zu beweisenden Inhalts der Bücher.

(E. 18. Juni 1889, Z. 6785.)

Der 1. R. hat der Gekl. die Vorlage ihrer Handelsbücher aufgetragen, als sonst gemäss Art. 37 Hgb. für erwiesen angenommen werden würde, dass der Reisende dieser Firma N (Cedent der Kl.) in den Monaten November und December 1888, Jänner und Februar 1889 einen Monatsgehalt von 90 fl. und Reisespesen von 240 fl. von derselben beziehe.

Das OLG. hat über Recurs der Gekl. das Gesuch der Kl. abgewiesen; denn nach Art. 37 Hgb. kann wohl im Laufe eines Rechtsstreits der eine Streittheil antragen, dass der Gegenpartei die Vorlegung der Handelsbücher verordnet werde, mit der Wirkung, dass, im Falle die Vorlegung nicht geschieht, zum Nachtheile des Weigernden der behauptete Inhalt der Bücher für erwiesen angenommen werde; es folgt daher aus dieser Bestimmung, dass die Partei, welche die Vorlegung der Handelsbücher verlangt, genau anzugeben hat, welchen Inhalt das Handelsbuch des Gegners habe, was daher in den bestimmt bezeichneten Büchern eingetragen ist und ist im Falle der verweigerten Vorlegung dieser behauptete Inhalt, daher die bestimmt angegebene Eintragung des bezogenen Handelsbuchs für erwiesen anzunehmen; die kl. Firma hat jedoch weder in ihrer Klage noch in dem Gesuche angegeben, welche bestimmte Eintragung in

jedem der im Gesuche angeführten Handelsbücher des Gegners vorkomme und stellt sich auch der Antrag, dass im Falle der Nichtvorlegung als erwiesen angenommen würde, dass N in den Monaten November, December 1888, Jänner und Februar 1889 einen Monatsgehalt von 90 fl. und Reisespesen von 240 fl. von der gekl. Firma beziehe, als eine Schlussfolgerung dar, die erst aus einem bestimmten Inhalte der Eintragungen gezogen werden könnte, deshalb auch das vorliegende Begehren um Vorlage der Handelsbücher des Gegners nach Art. 37 Hgb. nicht begründet ist.

Dem Revisionsrecurse der Kl. hat der OGH. stattzugeben und den erstr. Bescheid wieder herzustellen befunden, weil der Rechtsstreit schon mit der Einleitung des summarischen Verfahrens in Lauf gekommen ist, weil Art. 37 Hgb. nicht vorschreibt, dass dem Antrage auf Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei schon ein gewisser Abschnitt der Streitverhandlung vorangegangen sein muss; weil die Kl. hier als Rechtsnehmerin jener Person auftritt, für welche in den Handelsbüchern das Conto bestehen soll, daher die Legitimation der Kl. zu diesem Begehren mit Grund nicht beanständet werden kann; weil der behauptete Inhalt seinem Gegenstande nach genug bestimmt angeführt ist; weil der Conto offenbar lediglich zur genaueren Bezeichnung der Stelle des Buchs angegeben erscheint und weil auch sonst die in dem Bescheide ausgedrückte Rechtsfolge der Bestimmung des Art. 37 Hgb. angemessen ist.

390.

Einleitung des Wechselprocesses über die Klage aus einem Wechsel, dessen Zahlungszeit auf „bis" einen bestimmten Monatstag angegeben ist.

Vgl. oben Nr. 355.

(E. 29. Mai 1889, Z. 6269.)

Der OGH. verordnete die Einleitung des Wechselverfahrens über die in den Vorinstanzen wegen Ungiltigkeit des „bis 24. Februar 1887" zahlbaren Wechsels a limine zurückgewiesene Klage, in der Erwägung, dass, wenn auch in dem Klagewechsel, welcher nach Behauptung der Klage am 24. Februar 1887 zahlbar ist, die Angabe des bestimmten Tags der Zahlungszeit nicht durch Anführung des Tags, wie es im Geiste des Art. 4 der WO. liegt, ausgedrückt erscheint, doch darüber, ob dieser Mangel ein derartiger ist, dass daraus die Verfallszeit am 24. Febr. 1887 nicht entnommen werden könne und aus dem Wechsel wegen Abgang des Erfordernisses des Art. 4, Z. 4, WO. gemäss Art. 7 WO. eine wechselmässige Verbindlichkeit nicht entstanden sei, ohne contradictorisches Verfahren nicht abgesprochen werden kann, daher die Abweisung der Wechselklage a limine eine offenbare Ungerechtigkeit beinhaltet.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

391.

Zulässigkeit der Eigentumseinverleibung aus einer unwiderruflichen Schenkung auf den Todesfall ohne Rücksicht auf die Verlassenschaftsabhandlung.

(E. 18. Juni 1889, Z. 7224.)

Vom 1. R. wurde das auf Grund einer Schenkung auf den Todesfall vom Geschenknehmer nach Ableben des Schenkers angebrachte Einverleibungsgesuch abgewiesen, weil der Beschenkte aus einer vertragsmässigen Schenkung auf den Todesfall als Verlassenschaftsgläubiger anzusehen ist; weil aus den Gesuchsbeilagen hervorgeht. dass in der Abhandlung nach der A die Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger bewilligt worden ist; daher nach den analog anzu-

wendenden Bestimmungen der §§ 813 bGb., 37 JN. und 178 AbhPat. die Bewilligung der Abhandlungsbehörde beigebracht werden müsste.

Das OLG. bewilligte die Eigentumseinverleibung, weil die A in dem notariellen Schenkungsvertrage ddto. 27. April 1888 das ihr gehörige Haus vertragsmässig und unwiderruflich dem B auf den Todesfall geschenkt, ihre Einwilligung, dass nach ihrem Ableben ohne Einvernehmen ihrer Erben das Eigentumsrecht des B einverleibt werde, ertheilt und der B diese Schenkung angenommen hat, daher nach § 956 bGb. diese Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag anzusehen ist und der B aus derselben weder als Gläubiger noch als Vermächtnisnehmer der Verlassenschaft der Geschenkgeberin erscheint, gleichwie im Bestande dieses Schenkungsvertrags die in Rede stehende Realität kein Nachlassobject der A und keinen Gegenstand der Abhandlung nach derselben bildet; weil daher im vorliegenden Falle die Bestimmung des § 178 kais. Pat. v. 9. Aug. 1854 (RGB. 208) keineswegs zur Anwendung kommt, vielmehr B berechtigt erscheint, ohne Ingerenz der Abhandlungsbehörde und ohne Ertheilung eines Legitimationsbescheids derselben bei der Grundbuchsbehörde um die Einverleibung seines Eigentumsrechts auf die geschenkte Realität einzuschreiten.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. in der Erwägung, dass das Begehren um Einverleibung des Eigentumsrechts sich auf einen unter Lebenden geschlossenen Vertrag stützt; dass es demnach an jedem Anlasse zu einer Ingerenz des Abhandlungsgerichts fehlt; dass die vorgelegte Ausfertigung des über den Schenkungsvertrag aufgenommenen Notariatsacts den gesetzlichen Anforderungen entspricht; dass der Verzicht auf die Widerruflichkeit der Verfügung der Schenkenden durch die Bezeichnung der Schenkung als einer vertragsmässigen und unwiderruflichen, sowie durch die Art der ertheilten Einverleibungsbewilligung zum deutlichen Ausdrucke gelangte und dass die Eventualität einer Anfechtung des Vertrags zur Verweigerung der begehrten Einverleibung nicht berechtigt.

392.

Voraussetzung für den Eintritt des leer ausgehenden Nachhypothekars in die Stelle des befriedigten Vorhypothekars einer dem Ersteren nur in einem Theile, dem Letzteren im Ganzen verpfändeten Liegenschaft. Zur Anwendung des § 37 CO. ausser dem Concurse.

Vgl. Bd. IV Nr. 3. 4; Bd. V Nr. 4. 5; Bd. VI Nr. 366.

(E. 16. Mai 1889, Z. 4950. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 477.)

Die Realität X gehört zu einer Hälfte dem A, zur anderen dem B. Auf der ganzen Realität haften pfandrechtlich ausser anderen Schulden für C 700 fl.; auf der Hälfte des B ebenso für die Kl. D 200 fl. Die Hälfte des B wurde executiv versteigert; bei der Vertheilung des Meistbots von 853 fl. erhielt C seine ganze Forderung von 700 fl. zugewiesen und die Kl. D fiel mit ihrer nachfolgenden Forderung von 200 fl. ins Leere. Nun verlangt dieselbe mittelst Klage von A als Eigentümer der unveräusserten Hälfte des Grundstücks X und von allen hierauf intabulierten Gläubigern, dass sie für ihre Forderung von 200 fl. aus der dem belangten A gehörigen Hälfte und zwar aus jenem ziffermässigen Betrage befriedigt werde, um welchen C bei Vertheilung seiner Forderung per 700 fl. s. NG. nach dem im § 37 CO. bezeichneten Verhältnisse auf die beiden ungetheilt haftenden Hälften jenes Grundstücks aus dem Erlöse der dem B gehörigen Grundstückhälfte weniger bekommen hätte, so wie weiters, dass dieser ihr Anspruch auf die dem belangten A gehörige Hälfte in der Rangordnung des unter Einem hierauf zu löschenden ziffermässig bestimmten Theilbetrags der daselbst haftenden Forderung des C per 700 fl. s. NG. intabuliert werde.

Der 1. R. hat im Ganzen nach dem Klagebegehren erkannt, im wesentlichen aus folgenden Gründen: Der Klaganspruch ist gemäss § 37 CO. seinem ganzen Inhalte nach begründet; die Einwendung der Gekl., dass hier der § 37 CO. keine Anwendung finde, ist unbegründet; denn dass dieser Paragraph nicht nur im Falle des Concurses, sondern überhaupt auf das Verfahren bei der Ver-

theilung des Meistbots von in Execution gezogenen unbeweglichen Gütern Anwendung finde, ergiebt sich daraus, dass der Erlös eines zur Concursmasse gehörigen unbeweglichen Guts nur eine separate Masse bildet, welche zunächst zur Befriedigung der Pfandgläubiger bestimmt ist, und dass im übrigen nach §§ 168 u. 167 CO. die executive Feilbietung und die Vertheilung des Erlöses eines in eine Concursmasse gehörigen Guts nach den allgemeinen Vorschriften des Executionsverfahrens zu erfolgen hat, daher § 37 CO. eine nicht nur auf den Concurs bezugnehmende, sondern die Realexecution überhaupt betreffende Bestimmung enthält. Die erhobene Einwendung ist aber auch nach der Richtung unbegründet, als handle es sich hier nicht um Simultanhypotheken, weil die verschiedenen Eigentümern gehörigen Antheile desselben Objects als verschiedene Pfandstücke angesehen werden müssen und daher auch in diesem Falle der § 37 CO. Anwendung findet. Die Einwendung der Gekl., dass sie keinen Einfluss auf die Löschung der Forderung des C (welcher nicht mitbelangt wurde) haben, ist von keiner Bedeutung. C muss sich die Löschung des zugewiesenen Betrags auf der durch die Zuweisung befreiten Hälfte gefallen lassen und werden dessen Rechte hiedurch nicht weiter berührt, weil auch in der Meistbotsberechnung über die Vertheilung des Erlöses für die dem B gehörige Realitätenhälfte die Bestimmung hätte aufgenommen werden können, dass alle in dieser Meistbotsberechnung zugewiesenen Forderungen, welche auch auf der zweiten Hälfte dieser Grundstücke haften, gelöscht werden können.

Das OLG. hat das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen. In der Begründung wird im wesentlichen angeführt: Von einem Simultanpfandrechte kann vorliegenden Falls keine Rede sein und ist die Anwendung des § 37 CO. deshalb hier ausgeschlossen, weil die Forderung nicht auf den ideellen zwei Hälften, sondern auf dem ganzen Grundbuchskörper haftet und dieser Grundbuchskörper nur nachträglich in das Eigentum zweier Personen zu ideellen Hälften gelangt ist. Grundbücherlich ist die Forderung von 700 fl. weder ungetheilt, noch getheilt auf die beiden ideellen Hälften eingetragen und nur dann, wenn dieses der Fall wäre, könnte von einem Simultanpfandrechte die Rede sein. Es mangelt aber auch die Tilgung der Forderung durch Befriedigung des Gläubigers. Der Gläubiger C wurde mit seiner Forderung bisher noch nicht befriedigt, seine Forderung wurde nicht getilgt, sondern nur zugewiesen. Die Zuweisung ist aber noch keine Zahlung. Während der § 37 CO. ohne Beeinträchtigung des Rechts des befriedigten Gläubigers einer im Rechte anerkannten Billigkeit Rechnung trägt, fordert die Kl., es solle der noch nicht befriedigte Gläubiger die Zuweisung als Zahlung sich gefallen lassen und zu Gunsten einer nachfolgenden Gläubigerin in seinem erworbenen Pfandrechte vor der Befriedigung beschränkt werden. Diese Erwägungen führen aber dazu, die Einwendung der Gekl., dass auch C zu klagen war, nicht unbeachtet zu lassen.

Der OGH. hat das o. g. U. mit der alleinigen Abänderung bestätigt, dass die Abweisung des Klagebegehrens lediglich nur für dermalen erfolgt. Gründe: Es kann die Ansicht des OLG. nicht gebilligt werden, dass die Anwendung des § 37 CO. deshalb ausgeschlossen sei, weil die Forderung nicht auf ideellen Hälften der Grundstücke, sondern auf dem ganzen Grundbuchskörper haftet; denn dadurch, dass die für die Forderung des C verhafteten Grundstücke später in's Miteigentum übergingen, wurde im Hinblick auf die Bestimmung des § 457 bGb. ein der Simultanhypothek analoges Verhältnis geschaffen, auf welches die Norm des § 37 CO. Anwendung findet. Dagegen muss das die Klage abweisende o. g. U. in der Erwägung bestätigt werden, dass der § 37, Abs. 2 CO. eine „getilgte“ Forderung, welche unter Einem zu „löschen“ ist, voraussetzt, welche Bedingung dermalen noch nicht eingetreten ist, da die Zuweisung einer Forderung aus einem Meistbote einer Tilgung derselben nicht gleichgeachtet werden kann, weil Umstände eintreten können, welche trotz der Zuweisung bewirken, dass die Befriedigung, Zahlung (§ 1412 bGb.) der Forderung, nicht wirklich erfolgt, dem Gläubiger sonach seine aus der Bestimmung des § 457 bGb. fliessende grössere Sicherheit nicht benommen werden darf. Da jedoch eine Zahlung oder Löschung der Forderung in der Zukunft erfolgen kann und durch die definitive Abweisung der Klage das der Kl. für die Zukunft aus dem § 37 CO. erwachsende Recht benommen würde, erfolgte die Abweisung der Klage nur für dermalen.

393.

Amortisierungsfrist für die Coupons von zum Umtausche in Staatsschuldverschreibungen angemeldeten Actien einer verstaatlichten Eisenbahn.

(E. 18. Juli 1889, Z. 8095.)

Bei Einleitung des Amortisierungsverfahrens hinsichtlich der angeblich in Verlust geratenen, v. 1. Jän. 1886 an bis incl. 1. Juli 1898 fälligen, bez. fällig werdenden Coupons der Actien der k. k. priv. Kronprinz Rudolfbahn hat der 1. R. die Amortisierungsfrist von einem Jahre sechs Wochen und drei Tagen vom Tage des Edicts bestimmt. Dem Recurse der k. k. Direction der Staatsschuld hat das OLG. dahin Folge gegeben, dass der Amortisierungstermin von einem Jahre sechs Wochen und drei Tagen hinsichtlich der v. 1. Juli 1889 an bis einschliesslich 1. Juli 1898 verfallenden Coupons vom Verfallstage jedes einzelnen Coupons an zu laufen habe und weiters ausgesprochen, dass es bezüglich der Coupons v. 1. Jän. 1886 an bis einschliesslich 1. Jän. 1889 bei dem anberaumten Termine vom Edictstage (1. März 1889) ab, in welcher Richtung eine Beschwerde nicht vorliegt, verbleibe. Denn für die Bestimmung der Amortisierungsfrist erscheint lediglich der Inhalt der zu amortisierenden Urkunden in Verbindung mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften maassgebend. Ausserhalb der Urkunde liegende Umstände darf der Richter nur insoferne berücksichtigen, als dies gesetzlich angeordnet ist, wie dies insbesondere mit dem Ges. v. 24. März 1870 (RGB. 37) hinsichtlich der der Umwandlung unterzogenen Titel der alten Staatsschuld geschah, wo ausdrücklich bestimmt war, dass der festgesetzte letzte Zinsenzahlungstermin auch für den Beginn der Amortisierungsfrist maassgebend sein soll. Wenn es nun auch im § 12 des mit Ges. v. 8. April 1884 (RGB. 51) kundgemachten Uebereinkommens wegen Uebernahme der k. k. priv. Kronprinz-Rudolfbahn durch den Staat heisst, dass die nach Ablauf der Frist zum Umtausche der Actien in Eisenbahnschuldverschreibungen verfallenden Coupons nicht mehr zur Auszahlung gelangen, und wenn conform hiemit die k. k. Direction der Staatsschuld in Beantwortung der an dieselbe von dem LG. in dieser Angelegenheit gestellten Anfrage bestätigte, dass die v. 1. Juli 1889 an verfallenden Coupons nicht mehr zur Einlösung gelangen, so kann denn doch dies nicht die Stelle der anlässlich der Unificierung der Staatsschuld mit dem oben erwähnten Gesetze erflossenen Vorschrift wegen des Beginns der Frist zur Amortisierung ersetzen. Der Richter ist nicht befugt, sich in eine Beurtheilung einzulassen, welche rechtliche Eigenschaft nicht beigebrachte Coupons zum Umtausche angemeldeter Actien nunmehr besitzen, und ob etwa aus denselben gegen irgend wen eine Verpflichtung abgeleitet werden könnte. Dem Gesagten zufolge ist sich bei Festsetzung der Amortisierungsfrist hinsichtlich der erst nach dem Tage des Edicts verfallenden Coupons an die Anordnung des kais. Pat. v. 28. März 1803 (JGS. 599) zu halten, wonach die Frist von einem Jahre, sechs Wochen und drei Tagen von dem wirklichen (d. h. im Contexte der Urkunde ausgedrückten) Zahlungstage des Coupons zu laufen beginnt.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus der derselben beigegebenen Begründung und in der Erwägung, dass das sich lediglich auf die Unificierung der Staatsschuld beziehende Ges. v. 24. März 1870 (RGB. 37) auf vorliegenden Fall keine analoge Anwendung findet; dass eine ähnliche Bestimmung betreffs der Couponsamortisierung, wie diese aus Anlass der Unificierung der Staatsschuld mit dem vorerwähnten Gesetze gegeben wurde, aus Anlass der Einziehung der Kronprinz Rudolfbahnactien seitens der Staatsverwaltung und der Aushändigung von Eisenbahnschuldverschreibungen für dieselben im Gesetze nicht gegeben worden ist; dass die angef. o. g. E. den nach § 3 des Ges. v. 3. Mai 1868 (RGB. 36) bei Amortisierung der hier in Rede stehenden Werteffecten analog anzuwendenden, für die Amortisierung von Staatspapieren ähnlicher Gattung geltenden Vorschriften entspricht; endlich dass der Richter bei solchen Amortisierungsbewilligungen an den Inhalt der zu amortisierenden Actiencoupons und somit auch an die daselbst bestimmten Fälligkeitstermine gebunden und keineswegs berechtigt ist, die rechtliche Wirkung einer Bestimmung in Erwägung zu ziehen, zufolge welcher die v. 1. Juli 1889 fälligen Coupons der umzutauschenden Kronprinz Rudolfbahn-

actien nicht mehr zur Einlösung gelangen und für die fehlenden derlei Coupons Baarersatz zu leisten oder die Coupons der entsprechenden Termine vom Couponsbogen der Eisenbahnschuldverschreibungen zurückzubehalten sind und zu entscheiden, ob die Besitzer der zu amortisierenden Coupons noch zum Fälligkeitstermine der einzelnen Coupons die gänzliche oder theilweise Vergütung aus dem für die abgängigen Coupons geleisteten Baarersatze oder den zurückbehaltenen correspondierenden Coupons der Eisenbahnstaatsschuldverschreibungen begehren können.

D. Civilprocess.

394.

Zusammentreffen des persönlichen und des Realgerichtsstands: Zuständigkeit sowohl der Personal- wie der Realinstanz für Klagen auf Anerkennung der Erlöschung einer Forderung und auf Löschung des für dieselbe bücherlich haftenden Pfandrechts.

(E. 4. Juli 1889, Z. 7116. — I. Senat. — **SpR. 146.** — Beil. z. JMVdgsbl. 471.)

Die A stellte in der beim KG. K angebrachten Klage das Begehren um Erkenntnis: dass dem Gekl. ihr gegenüber die Forderung per 507 fl. 75 kr., für welche auf der Realität der A das Pfandrecht einverleibt war, nicht zustehe, und dass die vom Gekl. erwirkte Einverleibung des Pfandrechts ungiltig und das Pfandrecht zu löschen sei. Gegen die Klage erhob Gekl. die Einwendung der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts. Der 1. R. gab dieser Einwendung statt; denn es handle sich hier um ein dingliches Recht auf ein unbewegliches Gut, nemlich um die Ungiltigkeit bücherlichen Pfandrechts, welches im Sinne des § 4 GbG. nur durch bücherliche Löschung aufgehoben werden kann. Indem nun die Realität, auf welcher das Pfandrecht einverleibt ist, in den Bereich des st.-del. BG. K gehört, daher keinen Gegenstand der öffentlichen Bücher des KG. bildet, erscheint letzteres nach § 52 JN. zur Entscheidung vorliegenden Rechtsstreits unzuständig.

Ueber Appellation hat das OLG. die Incompetenz-Einwendung abgewiesen, im wesentlichen aus folgenden Gründen: Der Schwerpunkt der Entscheidung vorliegender Streitsache liegt in der Beurtheilung des ersten Theils des Klagebegehrens, insoweit dasselbe auf den Nichtbestand der persönlichen Forderung des Gekl. gerichtet ist; das Erkenntnis über die Ungiltigkeit des Pfandrechts erscheint nur als eine Folgerung der Entscheidung über den Bestand des obligatorischen Verhältnisses, durch welches die Giltigkeit des dinglichen Rechts bedingt ist. Ueber diese Frage zu verhandeln und zu entscheiden, steht aber nach §§ 13 u. 15 JN. dem KG. K zu.

Der OGH. fand die o. g. E. zu bestätigen. Gründe: Die Rechtsansichten der beiden Untergerichte gehen darin auseinander, dass der GH. 1. Instanz das Pfandrecht, um dessen Löschung es sich mit handelt, als den Hauptgegenstand des Streits bezeichnet, während der GH. 2. Instanz das Schwergewicht des Streits auf die mit jenem Pfandrechte versicherte Forderung des Gekl. legt, und werden nach diesen Gesichtspunkten für diesen Streit die Realinstanz, bez. die Personalinstanz des Gek. zur Entscheidung competent erklärt. Der OGH. vermag diesen Standpunkt für maassgebend nicht zu erkennen; denn im blossen Competenzstreite, ehe noch in der Hauptsache verhandelt wurde, ist es nicht wohl möglich auszusprechen, es sei die Forderung ohne das Pfandrecht, oder das Pfandrecht allein die Hauptsache; der Ausspruch hierüber müsste auch von Fall zu Fall ein wechselnder sein, die Competenzfrage wäre daher immer zweifelhaft. Die Sachlage ist aber die, dass in einem Klagebegehren zwei allerdings untereinander zusammenhängende Gegenstände vereinigt sind, bei denen nach dem Gesetze verschiedene Gerichtsstände eintreten, dass die Streitsache jedoch nur von Einem Gerichte entschieden werden kann. Die Concurrenz des obligatorischen Gesichts-

punkts genügt, um die sonst (§ 52 JN.) geltende Ausschliesslichkeit des Realgerichtsstands zu zerstören, wie dies in einem ähnlichen Falle für Klagen auf Zahlung einer mit Pfandrecht auf ein unbewegliches Gut versicherten Forderung gemäss § 56 JN. ausdrücklich normiert ist. Diesemnach würde es der Sachlage nicht entsprechen, eine bei dem persönlichen Gerichtsstande des Gekl. eingebrachte Klage auf Anerkennung der ursprünglichen Ungiltigkeit der Forderung oder auf Anerkennung der Erlöschung der Forderung und auf Löschung des für dieselbe haftenden Pfandrechts aus Competenzgründen zurückzuweisen. Zugleich wurde die Eintragung nachstehendes Rechtssatzes in das Spruchrepertorium beschlossen: *Die Klage auf Anerkennung der Erlöschung einer Forderung und auf Löschung des für dieselbe bücherlich haftenden Pfandrechts kann auch bei der Personalinstanz angebracht werden.*

395.

Gerichtsstand für die Klage auf Anerkennung der Erlöschung eines Executionsrechts wegen mittelst Bescheids auferlegter Processkosten durch Compensation mit einer vor diesem Bescheid entstandenen Forderung und auf Zahlung des Rests dieser Forderung.

(E. 29. Mai 1889, Z. 6339.)

Infolge der Abstehung von einer wider seine Gattin B eingebrachten Scheidungsklage wurde dem A vom KG. Eger der Ersatz der Processkosten von 48 fl. an B auferlegt, wegen welcher B sohin wider ihn die Zwangsvollstreckung in dessen unbewegliches und bewegliches Vermögen erwirkte. Nun erhob A wider B beim BG. Tachau Klage und begehrte unter Geltendmachung einer früher entstandenen Heiratsgutsforderung von 600 fl., dass die von B erworbenen Executionsrechte für erloschen erklärt werden und dass B überdies zur Zahlung des Ueberschusses jener Heiratsgutsforderung verhalten werde. Die von B wider diese Klage erhobene Einwendung der Incompetenz des angerufenen BG. wurde vom 1. R. zugelassen, vom OLG. verworfen. Gründe: Es wird zugegeben, dass mit Rücksicht darauf, dass der Kl. die Klage selbst als eine Oppositionsklage bezeichnet und von einem Rechtsfreunde, der sie verfasst hat, auch anzunehmen ist, dass er sich dessen vollkommen bewusst sein musste, was mit dem Ausdrucke Oppositionsklage gesagt werden wolle, und dass es sich thatsächlich wegen des Betrags von 48 fl. und weiterer Kosten um die Aufhebung einer Execution handelt, die nicht das BG. Tachau, sondern das KG. Eger bewilligt hat, der 1. R. leicht dazu veranlasst werden konnte, der Einwendung der Incompetenz des BG. Tachau stattzugeben. Werden jedoch die maassgebenden gesetzlichen Bestimmungen näher geprüft, dann findet man, dass sich die Einwendung der Incompetenz weder aus den Worten, noch aus der Absicht des Gesetzes ergebe. Das Hfd. vom 22. Juni 1836 (JGS. 145) bestimmt im § 2: „Wenn die Partei behauptet, dass das Recht ihres Gegners durch dem Urtheile oder dem gerichtlichen Vergleiche nachgefolgte Thatumstände, z. B. durch Zahlung, Novation, Erlassung der Schuld u. s. w., erloschen ist, so kann sie zwar zur Ausführung ihres Rechts, welches sie hieraus erblickt, eine neue Klage anbringen etc.“ Im Anschlusse daran bestimmt § 71 JN.: „Um Entscheidung, dass das Executionsrecht durch Thatsachen, welche dem Erkenntnisse oder dem gerichtlichen Vergleiche nachgefolgt sind, erloschen sei, kann der Execut nur bei dem Gerichte einschreiten, welches den ersten Grad der Execution bewilligt hat.“ Es handelt sich also um Fälle, wo eine Erledigung des Processes durch ein Urtheil, Erkenntnis oder Vergleich eingetreten war. Der betreffende 1. R. ist sohin im Besitze der nötigen Acten und er ist in der Lage, zu entscheiden, ob die behaupteten Umstände auch wirklich nachgefolgte Thatumstände sind oder nicht, und ob sie bereits geltend gemacht wurden oder geltend gemacht werden konnten. Im gegenwärtigen Rechtsfalle kann es sich um keine neuen nachgefolgten Thatumstände handeln, weil die Klage einfach zurückgezogen wurde, ein Urtheil nicht erflossen ist und ein Vergleich auch nicht geschlossen wurde. Es wurden nur einfach die Kosten adjustiert und nach Rechtskraft wurde der exequierenden Partei die Execution bewilligt. Um gegenwärtig

darüber zu erkennen, ob die Kostenforderung noch besteht oder nicht, bedarf es keines Zurückgreifens auf den Vorprocess, sondern lediglich der Prüfung und Entscheidung, ob die anerkannte Forderung nunmehr als gezahlt anzusehen sei. Ein fernerer Grund, welcher die Bestimmung des Hfd. v. 22. Juni 1836 (JGS. 145) und § 71 JN. hier nicht anwendbar erscheinen lässt, ist der, dass mit der Klage im Sinne obigen Hfd. sich auf ein Factum, welches dem Urtheile oder Vergleiche bereits nachgefolgt ist, berufen wird, während hier die Klage erst den Willen des Kl. erklärt, er wolle seine Schuld tilgen, und zwar dadurch tilgen, dass sich die Gekl. von jenem Geldbetrage, den sie dem Kl. zu zahlen hätte, einen gleichen Geldbetrag, den Kl. ihr zu entrichten hat, behalten könne. Da die Compensation zwar ipso jure, aber erst dann, wenn die Partei dieselbe geltend macht, wirkt, so ist diese Erklärung in der gegenwärtigen Klage einem Anerbieten der Zahlung vergleichbar und es steht auch von diesem Gesichtspunkte aus nichts im Wege, dass das angerufene Gericht darüber entscheidet, ob die Gekl. mit ihrem Kostenanspruche befriedigt sei. Es darf auch nicht unerwogen bleiben, dass, im Falle die E. des 1. R. in Rechtskraft erwachsen würde, der Kl. die Forderung gegen die Gekl., so weit sie nach der angesuchten Compensation angeblich noch verbleibt, bei dem unbestritten competenten Gerichte nicht mehr geltend machen könnte.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Die Anschauung des OLG., dass das Hfd. v. 22. Juni 1836 (JGS. 145) und demzufolge auch der § 71 JN. auf den vorliegenden Fall deshalb keine Anwendung finden, weil es sich nicht um einen Fall handelt, wo eine Erledigung des Processes durch ein Urtheil, Erkenntnis oder einen Vergleich eingetreten war, und weil es sich vielmehr lediglich um die Prüfung und Entscheidung der Frage handelt, ob die anerkannte Forderung nunmehr als gezahlt anzusehen sei, indem die Klage erst den Willen erklärt, Kl. wolle seine Schuld tilgen, und zwar dadurch. dass sich die Gekl. von jenem Geldbetrage, den sie dem Kl. zu zahlen hätte, einen gleichen Geldbetrag, den Kl. ihr zu entrichten hat, behalten könne, somit diese Erklärung einem Anerbieten der Zahlung vergleichbar sei, vermag der OGH. als richtig nicht zu theilen, wenn einerseits erwogen wird, dass auch Bescheide, wodurch Jemanden eine Leistung aufgetragen wird, zu den richterlichen Sprüchen, bez. Urtheilen oder Erkenntnissen gezählt werden müssen, und wenn anderseits die Bezeichnung und Tendenz der Klage in's Auge gefasst wird, nach welcher die Klage, und zwar in betreff des darin unter Ziffer 1 u. 2 gestellten Begehrens (auf Erlöschung der Executionsrechte), nur als eine Oppositionsklage aufgefasst werden kann, woraus sich aber weiter ergiebt, dass über das sub 3 gestellte Begehren (auf Zahlung des restlichen Heiratsguts) mit Gründlichkeit nicht entschieden werden kann, insolange über die vorangehenden zwei Begehren nicht abgesprochen ist. Es ist daher die aus dem Hfd. v. 22. Juni 1836 (JGS. 145) und aus dem § 71 JN. abgeleitete Einwendung der Incompetenz ganz gerechtfertigt.

396.

Wirkung des vor einem Schiedsgerichte geschlossenen Vergleichs: Begründung (eines Executionstitels und) der exceptio rei judicatae.

(E. 4. Juni 1889, Z. 6373. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 480.)

Nachdem beide Streittheile zur Austragung des zwischen denselben in Ansehung eines Betrags von 2456 fl. bestandenen Streits sich auf ein Schiedsgericht geeinigt hatten, schlossen dieselben über die vor dem bestellten Schiedsgerichte von A eingebrachte Klage einen Vergleich, wornach sich der Gekl. B verpflichtete. den Betrag von 2100 fl. ratenweise bei Terminsverlust und Execution dem Kl. A zu bezahlen. A fordert nun mit einer neuen, bei dem BG. eingebrachten Klage von B, welcher erst eine Rate von 500 fl. auf die verglichene Summe gezahlt haben soll, die restlichen 1600 fl. Der bel. B erhob die Einwendung, dass die mit dieser Klage anhängig gemachte Rechtssache durch den vor dem Schiedsgerichte zwischen ihm und dem Kl. geschlossenen Vergleich bereits entschieden und demgemäss auch das angerufene BG. zu einer neuerlichen Entscheidung in dieser

Sache incompetent sei. Der 1. R. hat dieser Einwendung des Gekl. nicht stattgegeben, weil eine gesetzliche Bestimmung darüber, dass auf Grund eines vor Schiedsrichtern geschlossenen Vergleichs Execution geführt werden könne, nicht besteht und eine analoge Anwendung der Resol. v. 31. Oct. 1785 (JGS. 489) lit. qq nach der Natur der Sache und mit Rücksicht auf die dem Hfd. v. 11. Sept. 1801 (JGS. 537) beigegebene Begründung ausgeschlossen sei, daher ein vor Schiedsrichtern geschlossener Vergleich nur als aussergerichtlich betrachtet werden könne.

Das OLG. hat der Einwendung der entschiedenen Streitsache, sowie jener der Unzuständigkeit des Gerichts Folge gegeben, weil dieser Vergleich, vor einem nach § 270 aGO. bestellten Schiedsgerichte geschlossen, jedenfalls als ein gerichtlicher Vertrag im Sinne des § 298 aGO. angesehen werden muss.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. aus Gründen: Wenn auch in der Resol. v. 31. Oct. 1785 (JGS. 489) lit. qq nur von schiedsrichterlichen Urtheilen die Rede ist und die Frage behandelt wird, wem über ein schiedsrichterliches Urtheil die Execution zu ertheilen zusteht, so bezeichnet doch der § 298 aGO. als Grundlage der Execution einen richterlichen Spruch oder einen gerichtlichen Vertrag. Dass die vor dem Schiedsgerichte abgeschlossenen Vergleiche gleiche Rechtswirkungen haben wie die Urtheilssprüche desselben, geht aus den neueren Gesetzen deutlich hervor, in welchen die sog. obligatorischen Schiedsgerichte verpflichtet werden, vor allem einen Vergleich zwischen den Parteien zu versuchen, im Falle des Gelingens über den Wunsch eines der Streittheile den Vergleich zu Protokoll zu nehmen, im Falle des Scheiterns aber zur weiteren Verhandlung zu schreiten. Was nun bezüglich dieser schiedsrichterlichen Vergleiche gilt, muss wohl auch von den vor anderen gewählten Schiedsrichtern abgeschlossenen Vergleichen überhaupt gelten, weil ein und dieselbe ratio legis dafür spricht. Es müssen daher die vor den gewählten Schiedsrichtern abgeschlossenen Vergleiche den vor dem staatlichen Richter abgeschlossenen Vergleichen gleichgehalten werden.

Bemerkung der Redaction. Nirgends ausserhalb Oesterreichs wird aus einem schiedsgerichtlichen Urtheile die Zwangsvollstreckung ex primo decreto ertheilt. Mit Recht. Das schiedsgerichtliche Urtheil ist ja nichts anderes als die Erklärung einer Privatperson, dass sie das oder jenes für recht befunden hat, eine Erklärung, welche ja an sich ohne jede rechtliche Bedeutung ist und die Parteien nicht etwa vermöge eigener Kraft — denn eine solche wohnt ihr gar nicht inne — sondern lediglich kraft des Compromisses oder der wechselseitig eingegangenen Verpflichtung, es beim arbitrium des Dritten bewenden zu lassen, bindet. Nach römischem Recht konnte daher aus einem Schiedsspruche nicht ohneweiters Execution begehrt, sondern nur eine Klage auf Erfüllung des Schiedsspruchs angestellt werden. Und selbst diese Klage gewährte das römische Recht nur, wenn die Erfüllung des Schiedsspruchs durch Stipulation versprochen oder das Compromiss eidlich abgeschlossen, oder der Schiedsspruch von den Parteien durch ihre Unterschrift anerkannt worden war (L. 1, 4, 5 pr. C. de receptis arbitris 2. 55, l. 27 § 7 l. 28 D. de receptis etc. 4. 8; vergl. auch Nov. 82 c. 11). Die gegenwärtig im Deutschen Reich geltende CPO. räumt dem Schiedsspruche zwar die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils ein (§ 866), gewährt aber die Zwangsvollstreckung aus demselben nur, „wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist“ (§ 868), das erst im ordentlichen Verfahren erwirkt werden muss (§ 660). In gleicher Weise ist die Sache auch im Entwurfe einer österr. CPO. geregelt. Von den geltenden GOdgn. enthält die allgemeine keinerlei Vorschrift über die Vollstreckung schiedsgerichtlicher Urtheile. Danach kann im Hinblick auf den § 298 wohl kaum daran gezweifelt werden, dass ein Schiedsspruch nur die Grundlage für eine Executivklage, nicht aber für eine sofort zu ertheilende Execution bilden kann. Indessen erklärt die Resolution vom 31. Oct. 1785 lit. qq (Geller IV Nr. 427), „es komme auf das Compromissum an; haben sich beide Theile dem Schiedsrichter nur zum Spruche unterworfen, so müsse die Execution . . . bei dem ordentlichen Richter . . . gesucht werden. Sollten aber beide Theile sich auch in der Executionsführung dem Schiedsrichter unterworfen haben, so könne die Vollführung des Urtheils ebenfalls bei demselben angesucht werden, wo er so-

dann die nötigen Ersuchschreiben an die betreffenden Behörden erlassen kann.“ Was das heisse, sich einem Schiedsrichter in der Executionsführung unterwerfen, lässt die Resolution unerklärt. Die Executionsgewalt ist doch etwas, was nicht den Parteien, sondern dem Staate gehört; sie kann daher dem Schiedsrichter durch Unterwerfung der Parteien unmöglich eingeräumt werden. Wir können deshalb der obigen „Erläuterung“ nicht den Sinn beilegen, dass der Schiedsrichter, welchem sich die Parteien „in der Executionsführung unterworfen“ haben, kraft dieser Unterwerfung wie ein staatliches Organ die Execution bewilligen kann und die Staatsbehörde diese Bewilligung ohneweiters in Vollzug setzen muss. Das wäre eine Ungeheuerlichkeit, die schon staatsrechtlich nicht möglich ist. Die Vollzugsgewalt steht den Staatsbehörden allein zu und ein Gericht kann niemals zum Büttel einer Privatperson gemacht werden. Wir können uns jene immerhin höchst unglücklich gefasste Bestimmung nur dahin auslegen, dass der Schiedsrichter in dem vorausgesetzten Falle auch über das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Vollstreckung seines Spruchs entscheiden und das Gericht um die Bewilligung der Execution ersuchen kann, dass aber das Gericht dann selbständig zu prüfen hat, ob die Execution überhaupt und ob sie angesuchtermaassen zu bewilligen sei. Und die Bestimmung des ersten Absatzes der obigen Erläuterung, sowie jene des § 365 der Galiz. GO. glauben wir im Einklange mit § 298 der allg., bez. §§ 396 und 397 der Galiz. GO. uns nur so auslegen zu können, dass auf Grund eines Schiedsspruchs wohl eine Executionsklage erhoben, keineswegs jedoch sofort die Execution begehrt werden kann. Das Gesetz bestimmt blos, dass die Vollstreckung des Schiedsspruchs beim ordentlichen Gerichte angesucht werden kann, sagt aber mitnichten, dass das Gericht die Execution auch sofort bewilligen muss. Dies schliesst vielmehr § 298, bez. § 396 cit. aus. Der Richter muss doch, wenn er die Zwangsvollstreckung gewähren soll, vorerst untersuchen, ob die unerlässlichen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegeben seien. Das wäre hier zunächst ein giltiges Compromiss auf den Schiedsrichter. Wie soll aber der Richter darüber absprechen, ohne vorerst die Partei zu hören und sich wenigstens von der Echtheit des vorgelegten Compromisses zu vergewissern? Ein vorgängiges contradictorisches Verfahren vor der Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruche scheint uns also ganz unerlässlich. Indessen stehen wir mit dieser Ansicht allein. In der österreichischen Praxis wird die Execution aus einem Schiedsspruche stets ex primo decreto bewilligt und die von einem Schiedsgerichte bewilligte Execution ohne Prüfung derselben auf ihre Zulässigkeit sofort vollstreckt. Die Monstrosität dieser Praxis und die Unzukömmlichkeiten, zu welchen sie führt, haben wir in dieser Zeitschrift wiederholt, so in Bd. II S. 385 ff. und Bd. III S. 304 ff. beleuchtet. Nun geht aber der OGH. noch einen Schritt weiter. Nicht blos auf Grund eines Schiedsspruchs, sondern auch auf Grund eines vor einem Schiedsrichter geschlossenen Vergleichs soll die Execution sofort ertheilt werden müssen und es soll deshalb der Klage aus einem solchen Vergleiche die exceptio rei judicatae und sogar die exceptio fori entgegenstehen. Aber worin, um des Himmels willen, unterscheidet sich denn der vor einem Privatschiedsrichter geschlossene Vergleich von einem Vergleiche, der im Beisein oder über das Zuthun irgend einer andern Person geschlossen worden ist? Ja, der Vergleich vor einem sogenannten öffentlichen Schiedsgerichte, wie z. B. vor dem schiedsgerichtlichen Ausschusse der Gewerbegenossenschaften oder vor dem zur Entscheidung über Entschädigungsansprüche aus der Unfallversicherung eingesetzten Schiedsgerichte kann, da diesen sogenannten Schiedsgerichten durch das Gesetz staatliche Autorität eingeräumt ist, ohneweiters einem gerichtlichen Vergleiche gleichgestellt werden. Dem Vergleiche vor dem schiedsrichterlichen Ausschusse der Gewerbegenossenschaft ist überdies die Zwangsvollstreckung im Verwaltungswege durch § 123 GewO. ausdrücklich gewährt. Aber der Vergleich vor Privatschiedsgerichten — und solche sind auch die Börse-Schiedsgerichte — ist nichts anderes als ein im Beisein und allenfalls unter Vermittlung von Privatpersonen, welche sonst hätten als Schiedsrichter fungieren können, geschlossener Vergleich. Dass aus diesem nichts als eine Klage auf dessen Erfüllung erwachsen kann, scheint uns ganz zweifellos.

397.

Zulässigkeit der Vollstreckung des von einem Deutschen Gerichte im Mahnverfahren erlassenen und wegen unterbliebenen Widerspruchs für vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehls.

(E. 25. Juni 1889, Z. 7284.)

Schon der 1. R. erklärte den Zahlungsbefehl des k. Preussischen Amtsgerichts Marklissa vom 14. April 1882 für vollstreckbar. Gründe: Was vorerst die vom Bel. erhobene formelle Einwendung betrifft, so kann dieselbe damit abgethan werden, dass es wohl für die Entscheidung der vorliegenden Rechtssache ganz gleichgiltig ist, ob die Eingabe, mit welcher die Firma A gegen den Bel. den Ausspruch über die Vollstreckbarkeit des gegen B ergangenen Zahlungsbefehls des k. Amtsgerichts in Marklissa vom 14. April 1882 begehrt, als „Klage" oder als „Gesuch" bezeichnet wurde; es wurde über diese Eingabe das gesetzliche Verfahren durch Einvernahme des Bel. eingeleitet, und es ergeht nunmehr auf Grund der gepflogenen Einvernahme beider Theile die vorliegende Entscheidung über das von der Firma A in ihrer erwähnten Eingabe gestellte Begehren. In merito kommt vor Allem die Frage zu entscheiden, ob der erwähnte Zahlungsbefehl des k. Amtsgerichts in Marklissa einem Endurtheile gleichzuhalten sei. Diese Frage muss bejaht werden. Denn aus den durch die Bescheinigungen des k. Preussischen Justizministeriums vom 23. October 1888, 7. November 1888 und 4. Jänner 1889 nachgewiesenen Bestimmungen der Deutschen CPO. geht Nachstehendes hervor: § 632 bestimmt, dass der Zahlungsbefehl den Befehl an den Schuldner enthalten müsse, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen seines Anspruchs zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben. Dieser gesetzlichen Bestimmung entspricht nun der vorliegende Zahlungsbefehl. Dass Bel. gegen diesen Zahlungsbefehl Widerspruch erhoben hätte, obwohl ihm derselbe zwar nicht zu eigenen Handen, sondern zu Handen seiner Gattin, was nach § 166 der Deutschen CPO. zulässig ist, zugestellt worden war, wird von ihm selbst nicht behauptet. Nun bestimmt aber der § 639, dass nach Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist, falls der Schuldner nicht Widerspruch erhoben hat, der Zahlungsbefehl für vorläufig vollstreckbar zu erklären sei, was durch einen auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckungsbefehl zu erfolgen hat. Der Bel. hatte gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch nicht erhoben, daher auf demselben auch der Vollstreckungsbefehl vom 9. Mai 1882 beigesetzt erscheint. Der § 640 aber bestimmt, dass ein so erlassener Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen Endurtheile gleichstehe, wobei jedoch nach demselben Paragraphen dem Bel. noch immer die Möglichkeit geboten ist, gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch zu erheben. Bel. hat aber, wie er selbst zugesteht, auch dieses unterlassen, wie aus der auf dem Vollstreckungsbefehle ersichtlichen Bescheinigung des Amtsgerichts Marklissa vom 13. November 1888 hervorgeht, so dass nach § 304 der Deutschen CPO. und § 19 des EinfG. dieser für vorläufig vollstreckbar erklärte Zahlungsbefehl die Rechtskraft erlangt hat. Von Seite des Gekl. erscheint nun im Punkte der Reciprocität die Frage aufgeworfen, ob auch von Seite Deutscher Gerichte Zahlungsbefehlen österreichischer Gerichte die Executionsfähigkeit zugestanden wird. Diese Frage muss aber mit Rücksicht auf die im Vdgsbl. des k. k. JM. vom 8. October 1887, Nr. 414, enthaltene, demnach den Gerichten zur Wissenschaft mitgetheilte* Entscheidung des Deutschen Reichsgerichts vom 30. Juni 1886, Z. 183, welche von österreichischen Gerichten erlassenen wechselrechtlichen Zahlungsaufträgen die Bedeutung von Urtheilen beilegt und selbe, wenn keiner der im § 661 der Deutschen CPO. angeführten Hinderungsgründe vorhanden ist, für vollstreckbar erklärt, bejaht werden. Es kommt daher endlich die Frage zu erörtern, ob das Gericht, welches den mehrerwähnten Zahlungsbefehl gegen den Bel. erlassen hat,

* Dieses E. ist in dem Centralbl. f. d. jur. Praxis Bd. IV (1886) S. 722 mitgetheilt worden. Das Vdgsbl. des JM. hatte später (1887) S. 173 ein gerade entgegengesetztes E. des OLG. Dresden, und erst auf unsere Reclamation Bd. V S. 592 jenes von uns mitgetheilte E. des Deutschen RG. reproduciert. Die Red.

hiezu auch zuständig gewesen war. Nach § 629 der Deutschen CPO. sind die Zahlungsbefehle von den Amtsgerichten zu erlassen und ist ausschliesslich zuständig dasjenige Amtsgericht, bei welchem der allgemeine persönliche oder der dingliche Gerichtsstand für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage begründet sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt wären. Das Amtsgericht Marklissa war daher zur Erlassung des Zahlungsbefehls gegen den Bel., welcher nach Inhalt des Amtszeugnisses des Gemeindeamts Heinersdorf vom 16. Jänner 1889 nach seinem Heimatsschein und unwidersprochen Preussischer Staatsangehöriger ist, zuständig, zumal der Bel. nach Inhalt der Ausweise über die Zustellung des Zahlungsbefehls und Vollstreckungsbefehls in Schwerta im Bezirke des Amtsgerichts Marklissa wohnhaft gewesen war. Bei dem Umstande, als der Bel. bei Erlassung des Zahlungsbefehls und dermalen noch Preussischer Staatsangehöriger ist, ist aber kein Grund, die Entscheidung des ausländischen Gerichts in merito zu prüfen. Da nun alle Bedingungen vorhanden sind, um das Begehren des Einschreiters, den mehrerwähnten Zahlungsbefehl auch in das in Oesterreich befindliche Vermögen des Bel. für vollstreckbar zu erklären, muss diesem Begehren stattgegeben werden.

Den Recurs des Bel. hat das OLG. unter Verweisung auf die richtigen Gründe des angef. Bescheides abgewiesen, zumal aus dem Bestande des § 16 des Gesetzes vom 27. April 1873 (RGB. 67) ein Anstand nicht abgeleitet werden kann, da, abgesehen davon, dass ein Beweis darüber, dass eine gleiche Bestimmung im Deutschen Rechte besteht, nicht erbracht wurde, aus dem Umstande, dass im Deutschen Reiche günstigere Bestimmungen betreffs der Exequierbarkeit der Zahlungsbefehle bestehen, als in Oesterreich, nicht gefolgert werden kann, dass erstere in Oesterreich nicht zur Anwendung gebracht werden können, indem dies eben nur auf der Verschiedenheit der Legislative beider Staaten beruht, und weil schliesslich auch die Reciprocität durch die vom ersten Richter berufene Entscheidung des Deutschen Reichsgerichts genügend verbürgt erscheint.

In dem ausserordentlichen Revisionsrecurs machte Bel. geltend: Es handle sich um die Frage, ob ein im Mahnverfahren erlassener bedingter Zahlungsbefehl eines Preussischen Gerichts gleich einem rechtskräftigen Urtheile für vollstreckbar erklärt werden kann. Die Bestimmungen über internationale Rechtshilfe seien als Ausnahmsbestimmungen streng auszulegen; nun sei aber nach österreichischen und Deutschen Gesetzen die internationale Vollstreckbarkeit nur rechtskräftigen Endurtheilen zuerkannt. Als ein derartiges Urtheil aber könne ein im Mahnverfahren erlassener bedingter Zahlungsbefehl nie angesehen und es könne dieser Qualitätsmangel dadurch nicht behoben werden, dass nach Deutschem Rechte ein für vorläufig vollstreckbar erklärter Zahlungsbefehl einem auf Versäumnis lautenden Urtheile gleichzuhalten ist; denn auch ein solches sei nur vorläufig vollstreckbar und stehe einem rechtskräftigen Urtheile nicht gleich. Unrichtig sei die Anschauung, dass die Bestimmungen des österreichischen Gesetzes über das Mahnverfahren nicht zu beachten sind; diese Anschauung stehe in directem Widerspruche zur Anordnung des Hfd. vom 18. Jänner 1799 (JGS. 452). Auch die Reciprocität erscheine nicht genügend verbürgt; die citierte Entscheidung des Deutschen Reichsgerichts betreffe einen wechselrechtlichen Zahlungsauftrag.

Der OGH. hat dem a. o. Revisionsrecurse bei Abgang der Voraussetzungen des Hfd. vom 15. Feb. 1833 (JGS. 2593) keine Folge zu geben befunden, da eine Nullität nicht vorliegt und auch eine offenbare Ungerechtigkeit in den untergerichtlichen Entscheidungen nicht erkannt zu werden vermag.

398.

Nichtbestellung eines Armenvertreters in Sachen ohne Anwaltszwang.

Vgl. oben Nr. 322 mit Nachw.

(E. 4. Sept. 1889, Z. 10049.)

Die vom Ausschusse der Advocatenkammer verweigerte Bestellung eines Armenvertreters wurde vom OLG. aufgetragen. Denn wenngleich nach § 16 der AdvO. der Advocat in jenen Fällen, in welchen die Partei kraft des Gesetzes

durch einen Advocaten nicht vertreten werden muss, nicht verpflichtet ist, eine Vertretung unentgeltlich zu besorgen, und wenngleich in den zum mündlichen Verfahren geeigneten Fällen die Parteien durch Advocaten nicht vertreten sein müssen, so ist doch die Verweigerung der Beigebung eines officiosen Vertreters im vorliegenden Falle nicht gerechtfertigt, weil, abgesehen davon, dass die Klage auch im mündlichen Verfahren schriftlich überreicht werden kann, und an Orten, wo, wie in Tischnowitz zwei Advocaten domicilieren, nach der JMVdg. v. 5. Juli 1859 (RGB. 122) mit der Unterschrift eines Advocaten versehen sein muss, G mit Rücksicht auf seine durch das Armutszeugnis constatierten misslichen Vermögensverhältnisse und mit Rücksicht auf seinen entfernten Wohnort nicht in der Lage ist, die Klage bei dem BG. in Tischnowitz mündlich anzubringen und zu den Tagsatzungen bei dem genannten Gerichte zu erscheinen, und weil sonach unter diesen Umständen die Verweigerung der Beigebung eines officiosen Vertreters sich geradezu als eine Justizverweigerung darstellen würde.

Der OGH. behob die o. g. E., weil nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 16 der AdvO. der Advocat in allen jenen Fällen, in welchen die Partei kraft des Gesetzes durch einen Advocaten nicht vertreten werden muss, nicht verpflichtet ist, eine Vertretung unentgeltlich zu besorgen; weil über die Klage, welche G wider seine Ehegattin wegen Leistung eines Schadenersatzes anhängig zu machen beabsichtigt, im Hinblicke auf den Wohnort der Letzteren nach § 15 aGO. mündlich zu verhandeln ist, weil auch im ordentlichen mündlichen Verfahren die Vertretung der Parteien durch Advocaten kraft des Gesetzes nicht vorgeschrieben ist und die etwaige Verpflichtung, die zum mündlichen Verfahren bestimmte schriftliche Klage mit der Unterschrift eines Advocaten versehen zu überreichen, mit obiger Vertretungspflicht nicht identificiert werden kann; weil demzufolge die an den Ausschuss der Advocatenkammer ergangene Weisung zur Bestellung eines officiosen Vertreters für G zur Durchführung seines Schadenersatzanspruchs der oberwähnten gesetzlichen Vorschrift widerstreitet und sich mit Rücksicht auf die klare und ausnahmslose Fassung dieser Vorschrift auch aus Opportunitätsgründen und insbesondere aus dem von G geltend gemachten Grunde seines Aufenthalts in Prag nicht rechtfertigen lässt.

399.

Zulässigkeit neuen Vorbringens in der Replik ohne eidliche Beteuerung der nicht geflissentlichen Verschweigung.

(E. 2. Juli 1889, Z. 7528.)

Dem in den Vorinstanzen unbedingt abgewiesenen Legungsgesuche wurde vom OGH. unbedingt stattgegeben. Gründe: Die Neuerungen, deren Beibringung in der Replik begehrt wird, ändern das in der ersten Klage gestellte Begehren auf Zahlung der für käuflich auf Borg der zur Weiterveräusserung bezogenen Thonwaaren der Kl. schuldigen facturierten Preises von 579 fl. 7 kr. weder in Ansehung des Gegenstands, noch in Ansehung des Klagerechts, sondern führen die Entstehung der Kaufpreisforderung und die Abstattungen thatsächlich unter Beibringung neuer Beweismittel aus. Die Bestimmung des § 49 aGO. bildet allein die Grenzlinie der nach § 48 zulässigen Neuerungen. Die von dem 1. R. für die Begründung der Abweisung des Neuerungsgesuchs bezogenen §§ 3 und 12 aGO. bestimmen, wie der Regel nach Thatsachen und Beweismittel angebracht werden sollen, sind demnach für die Beurtheilung der Zulässigkeit von Neuerungen nicht maassgebend. Die Gestattung neuer Umstände oder Beweismittel in der Replik ist durch die §§ 47 und 48 aGO. geregelt. Zu der Beibringung von Neuerungen blos zur Widerlegung des Factums und der Einwendungen, welche der Gekl. in der Einrede angebracht hat, bedarf der Kl. nach § 47 einer Bewilligung nicht. Neuerungen anderer Art, wie in dem vorliegenden Falle, müssen aber nach § 48 dem Kl. in der Replik gestattet werden, sobald er durch Beibringung standhafter Behelfe oder in Ermanglung derselben durch einen Eid darzuthun imstande ist, dass er sie in seiner Klage nicht geflissentlich verschwiegen habe. Das Gesetz verlangt demnach keineswegs etwa den Eid, dass der Kläger die Neuerungen vorhin nicht wissen oder nicht finden konnte, sondern gestattet, wie schon der Ausdruck „verschwiegen" erkennen

lässt, auch solche Neuerungen, deren Bestand zur Zeit der Klage nicht unbekannt war, wenn sie nur nicht geflissentlich verschwiegen worden sind, wofür es aber in dem vorliegenden Falle an jedem Anhaltspunkte gebricht, indem sich auch der Gekl. auf das einfache Widersprechen der nicht geflissentlichen Verschweigung beschränkt hat, somit in diesem Falle selbst ein eidliches Beteuern des nicht geflissentlichen Verschweigens nach der Actenlage entbehrlich ist. Wenn demnach mit dem erstr. U. das Neuerungsgesuch deshalb abgewiesen wurde, weil nach den §§ 3 und 12 aGO. alle Thatsachen und Beweise sogleich angebracht werden sollen und weil bezüglich der zur Zeit der Klage bereits vorgelegenen Thatsachen und Beweismittel der von der ausgewiesenen Firmainhaberin im Sinne des § 48 aGO. angebotene Eid unzulässig sei; wenn ferner nach dem von dem OLG. bei der Bestätigung dieses von der Kl. angef. U. eingenommenen Standpunkte nur jene Neuerungen zulässig sein sollen, welche nach § 47 aGO. zu der Widerlegung des Factums und der Einwendungen angebracht wurden, deren sich der Gekl. in seiner Einrede bedient hat, welche doch nach dem Gesetze eine Bewilligung nicht einmal erfordern, verstossen beide Entscheidungen offenbar gegen die Bestimmung des § 48 aGO. und entziehen der Kl. ungerecht die Möglichkeit, die unzweifelhaft nicht geflissentlich verschwiegenen Neuerungen in der Replik geltend machen zu dürfen.

400.

Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung auf Grund eines gefällsbehördlichen Straferkenntnisses.

(E. 27. Aug. 1889, Z 9831.)

Das OLG. bestätigte den erstr. Auftrag in Erwägung, dass bereits durch den Inhalt des Hfd. v. 19. Jänner 1784 (JGS. 228) im Allgemeinen klar gemacht worden ist, dass das Executionsrecht des Staats zur Hereinbringung öffentlicher Abgaben ausser auf dem eingeräumten politischen Wege, welcher ein für das Aerar privilegierter ist, auch auf dem ordentlichen gerichtlichen Wege geübt werden kann und dass es keinem Zweifel unterliegen kann, dass die in Frage stehenden Zins- und Steuerstrafen zusammen 1519 fl. 61 kr. den im § 3 des Ges. vom 16. März 1884 (RGB. 35) bezeichneten Geldforderungen gleichzuhalten sind.

Dem a. o. Revisionsrecurse fand der OGH. keine Folge zu geben, weil die rechtskräftigen Erkenntnisse von Gefällsbehörden auch für die gerichtliche Execution eine geeignete Grundlage zu bieten geeignet sind; weil den Finanzbehörden zur Eintreibung der von den competenten Behörden rechtskräftig verhängten Steuerstrafen nicht lediglich der Weg der politischen Executionsführung offen steht, denselben vielmehr neben diesem privilegierten Wege die Betretung des allgemeinen Wegs der gerichtlichen Executionsführung nicht verwehrt ist, weil demzufolge die angef. unterger. EE. eine Nichtigkeit oder eine offenbare Ungerechtigkeit nicht enthalten, vielmehr den bestehenden Vorschriften über die Eintreibung von Aerarialforderungen entsprechen (Hfd. vom 19. Jänner 1784, Nr. 228, 26. Feb. 1789, Nr. 977, 18. Sept. 1786, Nr. 577, 24. Oct. 1806, Nr. 789, 10. Feb. 1832, Nr. 2548 JGS. u. s. w.) und hiernach in dem vorliegenden Falle die zur Abänderung gleichförmiger Entscheidungen erforderlichen Voraussetzungen mangeln.

401.

Begriff der „zur persönlichen Ausübung der Beschäftigung erforderlichen Gegenstände“: Unstatthaftigkeit des Zugriffs auf die zweite Drehbank eines Drechslers, der das Gewerbe noch nicht angemeldet hat, für die Forderung aus dem Verkaufe derselben.

Vgl. oben Nr. 237. 279. 370.

(E. 28. Aug. 1889, Z. 9820.)

In den Vorinstanzen wurde das Gesuch um Behebung der Pfändung abgewiesen, vom OLG. mit folgender Begründung: Der Execut hat selbst

angegeben, dass er die Horndrechslerei erlernt, dass er bei deren Betrieb die ihm belassene kleine Drehbank gebraucht, dass er erst später die gepfändete grössere Drehbank gekauft habe, welche nach dem Gutachten des Sachverständigen zur Ausübung des Drechslergewerbes erforderlich und notwendig ist. Nach eigenem Zugeständnisse sowie dem allegierten Amtszeugnisse hat jedoch der Execut den Antritt des nach § 1 b der GewO. und MVdg. vom 17. Sept. 1883 handwerksmässigen Gewerbes der Drechslerei nicht angemeldet; nach § 2 ad 5 des Ges. vom 10. Juni 1887 (RGB. 74), sind aber von der Execution nur bei Handwerkern die zur persönlichen Ausübung ihrer Beschäftigung erforderlichen Gegenstände entzogen, daher solche Gegenstände nur bei Personen, die das betreffende Handwerk wirklich betreiben. Dem Executen ist die Drehbank, welche er bei dem Betriebe der Horndrechslerei nach eigener Angabe wirklich gebraucht hat, nicht in Execution gezogen worden; das Handwerkergewerbe der Drechslerei, zu welchem die gepfändete Drehbank nach Aussage des Sachverständigen erforderlich wäre, hat Execut nicht angemeldet, daher er als Handwerker für dieses Handwerk, für welches die gepfändete Drehbank erforderlich ist, nicht angesehen werden kann.

Der OGH. erkannte, dass die gepfändete Drehbank aus dem Executionsprotokolle auszuscheiden sei; wobei erwogen wurde, dass die gepfändete grosse Drehbank bei einem Drechsler schon nach dem § 340 aGO. als von der Execution ausgenommen nicht zu pfänden war, dass überdies auf diese Drehbank auch nach § 2 ad 5 des Gesetzes vom 10. Juni 1887 (RGB. 74) die Execution nicht geführt werden kann, da der Execut zweifellos ein Handwerker ist und erwiesenermaassen auf dieser Drehbank sein Handwerk persönlich betrieb, dass es vom Standpunkte dieses letzteren Gesetzes ganz gleichgiltig ist, ob der Handwerker seiner Steuerpflicht nachgekommen ist oder nicht, da er im letzteren Falle nicht aufhört, Handwerker zu sein.

402.

Rechnungsprocess. Gegenstand des Begehrens der Bemängelungsklage.

Vgl. Bd. VI Nr. 254.

(E. 13. Dec 1888, Z. 13324.)

Der 1. R. hat dem Klagebegehren gemäss erkannt, das OLG. die Klage abgewiesen. Gründe: Das Begehren, es sei zu erkennen, die Rechnung sei unvollständig, es werde ihr daher die Genehmigung versagt und der Gekl. zur Legung einer neuerlichen Rechnung verhalten, erscheint nach § 101 aGO. hinfällig, weil der Rechnungsleger nicht verhalten werden kann, eine theilweise bereits genehmigte Rechnung neu zu legen und weil die Rechnung formell richtig gelegt und als solche zu Gericht angenommen wurde, und die Entscheidung der Frage, ob dieselbe vollständig oder unvollständig ist, nicht Gegenstand des Rechnungsprocesses sein kann, sondern dem gemäss § 100 u. 101 aGO. über die gelegte Rechnung einzuleitenden Vorverfahren vorbehalten ist. Im Rechnungsprocesse kann es sich überhaupt nur darum handeln, ob die einzelnen in die Rechnung eingestellten Einnahms- und Ausgabsposten ziffermässig richtig sind, weshalb der Mängelkläger genau anzugeben hat, welche ziffernmässigen, genau bestimmten Beträge an Stelle der bemängelten Einnahms- und Ausgabsposten einzustellen waren, und es kann dem entsprechend auch das Petit der Mängelklage nur auf Anerkennung und Einstellung solcher Beträge gerichtet sein; dagegen kann im Wege der Mängelklage nicht begehrt werden, dass der Rechnungsleger Ausweise über einzelne in die Rechnung eingestellte Posten erbringe, denn auch ein solches Begehren könnte nur in dem dem Rechnungsprocesse vorhergehenden Verfahren über die gelegte Rechnung gestellt werden. Ziffermässig bestimmte Beträge, welche in die Einnahmen einzustellen oder aus den Ausgaben auszuscheiden waren, hat der Kl. nicht angeführt und das in den Mängeln I und II gestellte, weitere Begehren, dass der Gekl. Ausweise über die erzeugten Ziegel und über die für die gepfändeten Ziegel erzielten Beträge vorzulegen habe, ist viel zu unbestimmt und entspricht nicht den processualen Vorschriften über den Rechnungsprocess. Glaubt sich der Kl. in seinem Rechte dadurch beeinträchtigt, dass der Gekl. die für ihn

gepfändeten Ziegel verkaufte und den Kaufpreis hiefür nicht als besondere Masse in die Rechnungen eingestellt hat, so kann er seine diesfälligen Ansprüche im Wege eines besonderen Schadenersatzprocesses geltend machen. Die Mängelklage erscheint daher in Ansehung der Mängel I und II verfehlt, und es mussten deshalb diese beiden Mängel in Abänderung des erstr. U. abgewiesen werden.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Der Rechnungsprocess hat lediglich den Zweck, die gelegte Rechnung bei Grundhältigkeit der dagegen erhobenen Mängel richtig zu stellen. Hiernach ist es eine processualische Obliegenheit Desjenigen, der eine ihm gelegte Rechnung bemängelt, anzugeben, welche Einnahmen und Ausgaben und wie weit, und aus welchem Grunde sie unrichtig oder unvollständig seien, und zugleich ziffermässig anzugeben, was in die Rechnung etwa noch als Einnahme einzustellen und aus den verrechneten Ausgaben auszuscheiden sei. Dies hat aber der Kl. nicht gethan. Das bei den Mängeln I und II gestellte Begehren ist daher zu allgemein und hiernach die Richtigstellung der gelegten Rechnung unmöglich.

403.

Unerheblichkeit des Mangels einer Erörterung über die Kinder und das Verschulden im Verfahren wegen Ehetrennung.

(E. 11. Juli 1889, Z. 6471.)

Das die einverständlich wegen unüberwindlicher Abneigung begehrte Trennung einer protestantischen Ehe aussprechende erstr. U. wurde vom OLG. über Appellation des Vertheidigers des Ehebands sammt der ganzen Verhandlung behoben und aufgetragen, diese Rechtssache in nachstehender Richtung zu ergänzen: Da das Gericht bei Aufnahme der Verhandlung nicht ordnungsmässig besetzt war, indem gegen die Vorschrift des § 188 kais. Pat. vom 3. Mai 1853 (RGB. 81) nicht auch ein zweiter Rat zugezogen worden ist; da ferner die Verhandlung nicht mit den persönlich vorgeladenen Ehegatten, wie es § 14 des Hfd. v. 23. Aug. 1819 (JGS. 1595) vorschreibt, sondern in deren Abwesenheit nur mit den Rechtsfreunden vorgenommen worden ist, wobei das in dem bei der ersten Tagfahrt aufgenommenen Protokolle gestellte Begehren der Ehegatten, sie nicht mehr zur Verhandlung persönlich vorzuladen, keine Beachtung finden konnte; da überdies die Frage, durch wessen Verschulden die als Ehetrennungsgrund geltend gemachte gegenseitige Abneigung herbeigeführt worden sei, durch die bisherige Untersuchung nicht aufgeklärt und im U. hierüber auch nicht entschieden wurde, obgleich diese Frage nach dem Gesetze notwendig zu untersuchen und im U. ausser Zweifel zu stellen war, wie sich aus der Bestimmung des § 1266 bGb. ergiebt, welche dann, wenn durch das U. auf Trennung erkannt wird, in Betreff der vermögensrechtlichen Wirkungen der Frage über die Schuld des Ehegatten an der Trennung der Ehe einen entscheidenden Einfluss einräumt, hat also das KG. unter ordnungsmässiger Besetzung der Tagsatzungscommission die Eheleute persönlich über ihr Trennungsgesuch nach § 14 cit. Hfd. zu vernehmen, zur Angabe der Thatsachen, aus welchen die unüberwindliche Abneigung gefolgert werden könne, sowie zur Anbietung der in diesem Verfahren zulässigen Beweismittel aufzufordern, den Vertheidiger des Ehebands darüber zu vernehmen und die amtswegige Untersuchung auf die Frage auszudehnen, welchen Ehetheil das Verschulden treffe, ferner die angebotenen Beweise, soweit sie mit Rücksicht auf die bereits vernommenen Zeugen notwendig sind, aufzunehmen, die Zeugen umständlich einzuvernehmen, dieselben zur Angabe von Thatsachen zu vermögen und sich hiebei nicht mit einer allgemeinen Phrase (z. B. Zeuge sei bei aufgeregten Scenen zugegen gewesen oder es spielte sich eine aufgeregte Scene ab) zu begnügen, wobei festzuhalten ist, dass diese Untersuchung der unüberwindlichen Abneigung eine amtswegige ist, daher das Ablassen der Parteien von geführten Zeugen, deren Einvernahme möglich ist, die Einvernahme dennoch nicht verhindern kann; es hat das KG. ferner von amtswegen zu erheben, ob die Eheleute nach ihrer Behauptung wirklich sechs Kinder hatten und ob dieselben gestorben sind, und sodann ein neues U. zu fällen, in welchem nebst der Frage

des Verschuldens auch über die Kosten des defensor matrimonii zu entscheiden ist.

Der OGH. fand die angef. E. des OLG. aufzuheben und demselben zu verordnen, über die Appellation des defensor matrimonii in merito zu entscheiden. Gründe: Schon in der Resol. v. 31. Oct. 1785 (JGS. 489) lit. ooo wurde angeordnet, dass der obere Richter bei Erledigung eines Processes zwar auf die beobachteten Förmlichkeiten genau Rücksicht nehmen, die hierin entdeckten Mängel gegen die untere Stelle bemerken und für die Zukunft hintanhalten, dort aber, wo das Gesetz auf die unterlassene Vorschrift nicht ausdrücklich die Nullität bestimmt oder ungehindert des unterlaufenen Formalitätsgebrechens das Urtheil in der Hauptsache mit Gründlichkeit gesprochen werden kann, sich durch derlei Gebrechen nicht hemmen lassen soll, Justiz zu leisten und das richterliche Amt zu handeln; es wurde aber auch mit dem Hfd. v. 24. Dec. 1819 (JGS. 1639) ausgesprochen, dass durch §§ 12 u. 13 des Hfd. v. 23. Aug. 1819 (JGS. 1595) nicht erfordert werde, dass der obere Richter bei Wahrnehmung wesentlicher Gebrechen in der Untersuchung eines streitigen Ehefalls ohneweiters das Urtheil des unteren Richters aufhebe und eine neue Untersuchung und Urtheilsschöpfung anordne, weil bisweilen ein Gebrechen nicht vorliegt oder demselben ohne Cassation des Urtheils auf eine andere, den Parteien unschädliche Art abgeholfen werden kann. Mit Rücksicht auf diese gesetzlichen Bestimmungen kann die Aufhebung des 1. U. und der Verhandlung als begründet nicht anerkannt werden, weil die Frage des Vorhandenseins von Kindern von den Eheleuten überhaupt verneint wurde, durch die Trennung der Ehe die Rechte allenfalls vorhandener Kinder nicht berührt werden, das Vorhandensein von Kindern aus dieser Ehe daher ohne Einfluss auf das Klagerecht wegen Trennung der Ehe aus gegenseitiger unüberwindlicher Abneigung ist, weil ferner die Frage eines Verschuldens von den Eheleuten nicht aufgeworfen wurde, vielmehr beide behaupten, dass sie in Bezug auf Vermögen vollkommen ausgeglichen sind und weil selbst das Vorhandensein von Ehepacten mit Rücksicht auf die gesetzliche Bestimmung des § 1266 bGb. den Ausspruch über die Ehetrennung wegen unüberwindlicher Abneigung nicht hindern würde, weil sonach die Frage des Verschuldens in dem einverständlich anhängig gemachten Stritte nicht zu beantworten ist, daher die Nichterörterung der Frage wegen der Kinder und des Verschuldens kein Mangel des Verfahrens ist; weil aber auch die übrigen vom oberen Richter hervorgehobenen Umstände vom Gesetze als Nullitätsgründe nicht erklärt sind und eine gründliche Entscheidung nicht hindern, indem § 188 der Ger.-Instr. zwar vorschreibt, dass zu Tagsatzungen in Ehestreitigkeiten ausser dem Referenten noch ein zweiter Rat zu bestimmen ist, jedoch selbst die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift nicht mit Nullität bedroht und die Vorschrift des § 156 der Ger.-Instr. sich nur auf Beschlüsse der Gerichtshöfe bezieht, übrigens die Protokolle vom 9. April 1888 und 10. Sept. 1888 von einem zweiten, wenngleich Eingangs nicht benannten Rate unterfertigt erscheinen; indem ferner Frau B ihre Zustimmung zu den im Protokolle v. 10. Oct 1888 durch ihren Vertreter abgegebenen Erklärungen im Revisionsrecurse ausdrücklich behauptet; indem weiter der Vertheidiger des Ehebands das 1. U. nicht in dem Ausspruche betreffs der von den Eheleuten an ihn zu vergütenden Kosten angefochten hat, die Eheleute sich ohnehin in der Eingabe de praes. 8. März 1888 zur gemeinsamen Tragung der Kosten erboten, daher diese Frage gegenstandslos ist und indem endlich die Ablassung der Beweisführung durch vorher genannte Zeugen keine Nullität begründet.

E. Strafrecht und Strafprocess.

404.

Gehört ein gerichtlich bestellter Sequester (Zwangsverwalter) zu den „obrigkeitlichen Personen" im Sinne des § 68 StG.?

(Cass.-E. 6. Mai 1889, Z. 1321. — Vors.: SP. Summer; GP.: GA. Siegler; V.: Dr. L. Geller.)

Wegen thätlicher und wörtlicher Beleidigung des in ihr der executiven Sequestration unterzogenes Gut eingeführten Zwangsverwalters wurden die Eheleute B des Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit nach § 81 StG. angeklagt und schuldig erkannt, indem der Gerichtshof von der Anschauung ausgieng, dass der Sequester eine Hilfsperson der gerichtlichen Zwangsvollstreckung vorstelle. Bei der Verhandlung über die NB. wurde diese Anschauung vom V. in eingehender Weise bekämpft, vom Vertreter des GP. unter Berufung auf die oberstgerichtlichen EE. v. 22. Jän. 1881 und 14. Juli 1882 (Geller JG., 3. Aufl., V. § 68[1]) eingehend verfochten. Der OGH. gab der NB. statt und erkannte sofort auf Freisprechung der Angekl. Gründe: Der nach mehreren Richtungen ausgeführte Nichtigkeitstitel des § 281/9 a StPO. wird namentlich dahin zu rechtfertigen gesucht, dass im vorliegenden Falle der gerichtlich bestellte Sequester rechtsirrtümlich unter den Schutzbereich des § 65 StG. gestellt wurde. Schon in dieser Beziehung kann der Beschwerde die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Die Stellung des Sequesters in einer Executionssache ist nemlich zuvörderst auch nach den Bestimmungen des bGb. in Erwägung zu ziehen, und da kann es im Hinblicke auf die Vorschriften der §§ 471, 957, 960 u. 968 bGb. keinem Zweifel unterliegen, dass seine Rechte und Verpflichtungen den Umfang jener eines bestellten Gewalthabers nicht überschreiten. Wenngleich der Sequester, unter Supplierung der mangelnden Willensmeinung der Streitparteien, vom Gerichte ernannt und jedesmal mit dem betreffenden Bestellungsdecrete versehen wird (§§ 390—392, 422 u. 423 westgal. GO.), so wird hiedurch an seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter der Parteien umsoweniger etwas geändert und ihm der Charakter einer in den Schutzbereich des § 68 StG. gehörigen Person verliehen, weil auch die dem Sequester nach § 392 westgal. GO. zugewiesene Aufgabe lediglich darin besteht, die sequestrierte Sache oder Gerechtsame als ein guter Hauswirt zu besorgen, und die Nutzungen da zu erlegen, wo es der Richter zur Sicherheit und nach Vernehmen beider Theile verordnet, er daher lediglich ein Amt im Interesse der Parteien versieht, in welchem das Merkmal einer obrigkeitlichen Dienstverrichtung auch deshalb nicht zu erblicken ist, da der Sequester für seine Geschäftsführung nicht dem Gerichte, sondern den Parteien verantwortlich bleibt (§ 1012 bGb. u. § 393 westgal. GO.). Der Ausspruch des erkennenden Gerichtshofs, wonach der in Rede stehende Sequester den unter dem besonderen Schutz des § 68 StG. stehenden Personen beigezählt wird, beruht sonach auf einer irrtümlichen Gesetzesauffassung, weshalb auch der NB., ohne erst in eine Erörterung der übrigen Beschwerdeausführungen eingehen zu müssen, Folge zu geben, und das angef. U. als nichtig aufzuheben war. Durch das nach § 288, Z. 3 StPO. in der Sache selbst zu fällende Erkenntnis, musste gemäss § 259, Z. 3 StPO. die Freisprechung der Nichtigkeitswerber von der Anklage wegen des ihnen zur Last gelegten, im § 81 StG. normierten Verbrechens der öffentlichen Gewaltthätigkeit erfolgen, weil bei Nichtvorhandensein einer unter den Schutzbereich des § 68 StG. fallenden Person als Objects dieses Verbrechens auch der Thatbestand desselben nicht zutrifft.

405.

476. Entbehrlichkeit der Zustimmung des Staatsanwalts zum Ausspruche der Nichtzuständigkeit (§ 261 StPO.) selbst rücksichtlich jener Fälle, welche der Staatsanwalt vor dem Geschwornengerichte nur anhängig machen kann, wenn er auf Verhängung einer mehr als fünfjährigen Kerkerstrafe anträgt.

(Beschluss v. 28. Mai 1889, Z. 6184.)

In der Anklagesache der Anna M wegen Verbrechens der Verleumdung hat das LG. seine Unzuständigkeit ausgesprochen. Die hiegegen angebrachte NB.

der StA. verwarf der Cassationshof, ohne vorerst einen Gerichtstag zur Verhandlung über dieselbe anzuordnen.

Gründe: Als Grund der Unzuständigkeit des LG. wird in dem nach § 261 StPO. gefällten Erkenntnisse die Thatsache angegeben, dass die Angekl. ein Hausgenosse des Verleumdeten gewesen ist. Die ausschliesslich auf Z. 6 des § 281 StPO. gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der StA. führt zwar aus, mit der in lit. c des § 210 StG. ersichtlichen Einreihung des „Hausgenossen“ zwischen „Dienstboten“ und „Untergebene“ sei der Fingerzeig gegeben, dass der verleumdende Hausgenosse zum Verleumdeten in einem gewissen Achtungsverhältnisse stehen müsse, und dass wegen Verletzung der aus diesem Verhältnisse entspringenden mehreren Pflichten der höhere Strafsatz in Anwendung zu kommen habe. Allein, dass das angef. E. wider diese Rechtsansicht verstosse, das wird weder in der Beschwerde behauptet, noch ergiebt es sich aus den Motiven des Erkenntnisses, in welchen eine nähere Mittheilung über die zwischen der Angekl. und dem Beschädigten bestandenen Beziehungen nicht enthalten ist. Eine deutliche und bestimmte Bezeichnung „des Thatumstands, welcher den Nichtigkeitsgrund bilden soll“ (§ 1, Z. 2 der Strafprocess-Novelle) lässt sich demnach in dieser Ausführung der Beschwerde nicht erblicken. Sie kann auch den Cassationshof zur Prüfung der erwähnten Rechtsansicht nicht bestimmen, welche doch nur auf Grund der thatsächlichen Annahmen des E. ausführbar wäre (vgl. Cassationsentscheidung v. 26. Febr. 1875, Z. 13713, Samml. der GZ. Nr. 48 u. a. m.). Auch die aus einem Krankheitszustande der Angekl. abgeleitete Inopportunität einer Erneuerung der Verhandlung vor Geschwornen bleibt für die Frage, ob das Landes- als Erkenntnisgericht seine Zuständigkeit mit Unrecht abgelehnt habe, ausser Betracht.

Als eigentlicher und einziger Angriff wider das E. erscheint daher nur die in der Beschwerde aufgestellte Behauptung, dass demselben, weil der Erschwerungsumstand des § 210 c StG. von der StA. nicht angegeben und der Antrag auf Verhängung einer mehr als fünfjährigen Kerkerstrafe von der StA. nicht gestellt worden ist, die Vorschrift des Art. VI, Z. 22 des EinfG. zur StPO. im Wege stehe. Hierin aber erweist sich die Beschwerde als vollständig unhaltbar.

Für das Strafverfahren hatte Art. 11 des StGg. über die richterliche Gewalt v. 21. Dec. 1867 (RGB. 144) die Directive gegeben, die mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen der Entscheidung der Geschwornen zu überweisen. Darunter wurden Verbrechen verstanden, bei welchen in der Strafverhängung über fünf Jahre Kerker hinausgegangen werden kann. Bei Einreihung derselben in die Competenzsphäre der Geschwornen zeigte sich, dass eine solche Strafverhängung hie und da von relativen Erschwerungsgründen abhängig, dass sie durch „Umstände, die erst hinterher festgestellt und gewürdigt werden könnten“, bedingt ist. Für diese Fälle musste in der bei Z. 4 c, Z. 8, 10, 19 u. 22 des Art. VI des EinfG. zur StPO. ersichtlichen Weise vorgesorgt werden (vgl. in Dr. Kaserer's Materialien zur StPO., S. 301 u. 263, die im Abgeordnetenhause gehaltenen Reden des Justizministers und des vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses bestellten Berichterstatters, dann ebendort S. 147 den Bericht des Ausschusses v. 16. März 1872). Darnach unterliegt es aber keinem Zweifel, dass die bezogenen Vorschriften des EinfG. und darunter insbesondere auch jene der Z. 22, welche das Verbrechen der Verleumdung angeht, ausschliesslich nur den Zweck verfolgen, den Gerichtsstand zu bezeichnen, bei welchem die StA., wenn sie eine fünf Jahre Kerkers übersteigende Strafe herbeiführen will, die in Gemässheit dieser Vorschriften besonders eingerichtete Anklage anzubringen hat. Dabei die Grundsätze der §§ 262 u. 267 der StPO. aufzugeben, den Gerichtshof bei Anwendung des Strafgesetzes der Ansicht des StA. zu unterordnen, lag dem Gesetzgeber ferne. Nur eine Beschränkung war aufzustellen. Um dem oben bezogenen StGg. (nach der ihm gegebenen Auslegung) gerecht zu werden, wurde im Schlussatze des Art. VI des EinfG. zur StPO. ausgesprochen, dass ohne Mitwirkung der Geschwornen beim Schuldspruche eine mehr als fünfjährige Kerkerstrafe nicht verhängt werden darf. Das mit der Strafsache der Anna M befasste LG. war daher, wenn ihm ein solches Strafausmaass gesetzmässig schien, nicht allein genötigt, sondern — unter Voraussetzung der Richtigkeit seiner Interpretation des § 210 c StG. — sicherlich auch berechtigt, zu dem im § 261 StPO. bezeichneten Vor-

gange seine Zuflucht zu nehmen. Diesen Erwägungen gemäss war die NB. zu verwerfen.

406.

479. Notwendigkeit der Mitwirkung eines Vertheidigers bei den Hauptverhandlungen, welche wegen örtlicher Einstellung der Jury vor sechs Richtern stattfinden (StPO. § 41 und Ges. 23. Mai 1873 [RGB. 120] § 3).

(Beschluss 28. Mai 1889, Z. 6380.)

Veranlasst durch die Wahrnehmung, dass die Hauptverhandlung wider den wegen Mordes Angekl. vor dem Kreis- als Ausnahmsgerichte zu Cattaro ohne Beiziehung eines Vertheidigers durchgeführt worden ist, fand der Cassationshof dem genannten KG. zu bemerken, dass in jenen Fällen, in welchen nach § 3 des Ges. v. 23. Mai 1873 (RGB. 120) die Hauptverhandlung vor sechs Richtern stattzufinden hat, dem Angekl. ein Vertheidiger von amtswegen zu bestellen sei, wenn er sich eines solchen nicht bedienen will. Dies auf Grund folgender Erwägungen: Im § 41, Abs. 2, wird die Bestellung eines Vertheidigers „für die Hauptverhandlung vor dem Geschwornengerichte“ als obligatorisch erklärt. Diese Bestimmung umfasst: 1. die im Art. 11 des StGg. über die richterliche Gewalt v. 21. Dec. 1867 (RGB. 144) bezeichneten strafbaren Handlungen, u. zw. nach Art. VI des EinfG. zur StPO. a) die mit schweren Strafen (d. i. nach dem Sprachgebrauche unseres StG. mit Tod oder mindestens fünfjähriger schwerer Kerkerstrafe) bedrohten Verbrechen; dann b) die politischen oder durch den Inhalt einer Druckschrift verübten Verbrechen und Vergehen; — und ausserdem 2. alle strafbaren Handlungen (Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen), betreffs welcher das Geschwornengericht infolge der Connexität zuständig wird. Prüft man den legislativen Grund der oben angeführten Bestimmung der StPO. an der Hand der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes, so zeigt sich, dass für alle die erwähnten Kategorien von Delicten der processuale Gesichtspunkt maassgebend war, den Angekl. in der Schwurgerichtsverhandlung mit Rücksicht auf die Besonderheiten dieses Verfahrens nicht ohne die Unterstützung eines rechtskundigen Vertheidigers zu lassen; dass aber, während dieser (der processuale) Gesichtspunkt für die ad 1 b) (soweit sie nicht infolge der Schwere der zu verhängenden Strafe auch unter 1 a) fallen) und ad 2 bezeichneten Delicte der einzige ausschlaggebende war, derselbe bei den Delicten ad 1 a) (den mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen) in zweite Linie trat, und das legislative Hauptgewicht darauf gelegt ward, den eines mit schwerer Strafe bedrohten Verbrechens Angekl. niemals ohne den Beistand des Vertheidigers zu lassen, so dass hier die Qualität des Delicts, nicht jene des Strafverfahrens maassgebend war. Diesen Grundsatz hatte schon § 213 der StPO. v. J. 1853 ausgesprochen; an demselben halten alle Entwürfe der gegenwärtig geltenden StPO. fest (S. Mayer, Handbuch des österr. Strafprocessrechts, Bd. I, S. 396 u. 397); insbesondere statuieren auch jene Entwürfe, welche für einzelne Länder an Stelle der Schwurgerichte ein verstärktes Richtercollegium in Aussicht nehmen (so die Entwürfe III bis VII) das Princip der notwendigen Vertheidigung ohne Beschränkung auf das Schwurgerichtsverfahren in allen Fällen, wo es sich um schwere Verbrechen handelt. Nur dem Wunsche, die notwendige Vertheidigung nicht auf die mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen zu beschränken, dieselbe vielmehr über diese Grenze hinaus in allen Fällen schwurgerichtlichen Verfahrens eintreten zu lassen, entsprang die (zuerst im Entwurfe X, § 41 enthaltene) Fassung des gegenwärtigen Gesetzes.

Im Falle der zeitlichen und örtlichen Einstellung der Wirksamkeit der Schwurgerichte wird daher nach dem Gesagten an dem Grundsatze der notwendigen Vertheidigung wenigstens für die mit schwerer Strafe bedrohten Verbrechen (oben ad 1) festzuhalten sein; denn während der Vorschrift des § 41, Abs. 2 StPO. bei den anderen beiden oben bezeichneten Kategorien von strafbaren Handlungen (1 b und 2) lediglich die processuale Rücksicht auf die Eigentümlichkeit des Verfahrens vor Geschwornen zugrunde liegt, ist bei den mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen die Bedeutung des Delicts, unabhängig von der Beschaffen-

heit des Verfahrens, der ausschlaggebende Grund für die Statuierung der notwendigen Vertheidigung gewesen und dieser Grund behält seine volle Wirksamkeit auch im Falle der Einstellung der Jury. Aeussert sich doch die Ansicht von der Bedeutung, welche die Gesetzgebung den mit schwerer Strafe bedrohten Verbrechen immer und überall beilegt, gerade im Falle der Einstellung der Schwurgerichte darin, dass nach § 3 des Ges. v. 23. Mai 1873 (RGB. 120) die Hauptverhandlung über Verbrechen, die mit schwerer (Todes- oder mindestens fünfjähriger Kerker-) Strafe bedroht sind, vor einem Sechsrichter-Senate stattfindet.

Es widerspräche dem Geiste und dem Gange der Gesetzgebung, wollte man annehmen, die legislativen Anforderungen betreffs der notwendigen Vertheidigung des eines schweren Verbrechens vor dem sogenannten Ausnahmsgerichte Angekl. könnten geringere sein, als dies vor den Fünfrichtercollegien der StPO. von 1853, und selbst zufolge der (ein ähnliches Verhältnis wie das vorliegende regelnden) kais. Vdg. v. 11. Jän. 1852 (RGB. 5) der Fall war, nach welcher die von der StPO. von 1850 dem Schwurgerichte zugewiesenen Straffälle nunmehr vor einem Sechsrichter-Collegium zu verhandeln waren. Denn obgleich § 247 StPO. von 1850 die notwendige Vertheidigung nur „in den vor das Schwurgericht gehörigen Fällen" statuiert hat, erwähnt doch der § 5 der cit. Verordnung ausdrücklich der Anhörung des Vertheidigers, dessen Beiziehung zur Verhandlung vor dem Sechsrichter-Collegium die Verordnung sonach als selbstverständlich ansieht. Fasst man aber die Bestimmungen des § 41, Abs. 2 StPO. im oben ausgeführten Sinne auf, so erweist sich für die vorliegende Frage der Umstand als unentscheidend, dass nach § 3 des Ges. v. 23. Mai 1873 (RGB. 120) und Art. VII des EinfG. zur StPO. im Verfahren vor dem Ausnahmsgerichte betreffs der Hauptverhandlung und der Rechtsmittel nicht die Bestimmungen des 19. (Schwurgerichtsverfahren), sondern jene des 18. Hauptstücks der StPO. (Erkenntnisgerichtsverfahren) zur Anwendung kommen; denn § 41 enthält eine Bestimmung allgemeiner Natur (sie befindet sich im 4. Hauptstücke), und behält ihre volle Wirkung trotz der durch die Einstellung der Jury bedingten Nichtanwendbarkeit der Vorschriften des 19. Hauptstücks.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

49. Directer Uebergang der durch den Gesellschaftsvertrag der Gründer für die Actiengesellschaft ausgemachten Rechte mit den denselben anhaftenden Lasten auf die Actiengesellschaft.

Wenn mehrere Personen behufs Errichtung einer Actiengesellschaft zusammentreten und den Gesellschaftsvertrag (Art. 209 Hgb.) abschliessen, so wollen sie damit nicht für sich, sei es als Einzelne oder als Societät, Rechte begründen oder erwerben, sondern sie handeln für die projectierte Actiengesellschaft. Sie treffen Bestimmungen über deren Namen und Zweck, über die Höhe des Grundcapitals und die Aufbringung desselben, über Bestellung eines Aufsichtsrats und Vorstands u. s. w. Alle diese Rechtshandlungen beabsichtigen, das Inslebentreten der Actiengesellschaft vorzubereiten, und sie mit den zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen ökonomischen Mitteln auszustatten. Dabei macht es begrifflich keinen Unterschied, ob der Fall der Simultan- oder der Successivgründe vorliegt, und ob die Mittel in baarem Gelde bestehen, oder durch das Einbringen von Sachen beschafft werden. Sowohl in der Literatur als in der Rechtsprechung ist vorherrschend die Ansicht vertreten, dass es einer Uebertragung der im Gesellschaftsvertrage für die Actiengesellschaft bestimmten Rechte auf letztere durch besonderen Rechtsact nicht bedarf, dass vielmehr die Actiengesellschaft mit ihrer Entstehung in die ihr von den Gründern ausgemachten Rechte eintritt. Zutreffend sagt Wiener (Goldschmidt Zeitschrift für das Handelsrecht Bd. 24 S. 31): Geht der Wille der sich Verbindenden dahin, in ihrer Gesammtheit in Bezug auf das zusammengebrachte Vermögen ein vollständig selbständiges Rechtssubject darstellen zu wollen, welches durch besondere Organe handelt und als solches seine Rechte und Verbindlichkeiten hat — und vom Standpunkt der Vertragstheorie muss man dem Willen diese Kraft beimessen und ihn als vorhanden annehmen — so fallen die Rechte aus den Einlageverpflichtungen in das Herrschaftsgebiet dieses Rechtssubjects. (Vgl. auch v. Hahn Commentar zum Hgb. Art. 208 § 15; Gierke Genossenschaftstheorie S. 124; Ring Actienrecht S. 399 Nr. 4 u. s. w.). In demselben Sinne entscheidet das Plen.-U. des RG. v. 8. Juli 1880 (Entsch. Bd. II S. 303), dass ein Rechtsgeschäft, vermöge dessen ein Actionär Einlagen auf das Grundcapital nicht in baarem Gelde, sondern in Sachen gegen Anrechnung ihres Werts und Befriedigung durch Actien macht, nicht als ein von dem Gesellschaftsvertrage verschiedenes Rechtsgeschäft anzusehen ist. Die Begründung des U. führt unter Hinweis auf Art. 209 b Hgb. aus, dass die Billigung des unter der gesetzlichen Bedingung der Genehmigung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags in der Generalversammlung der Actionäre nicht die Abschliessung eines neuen gesonderten Vertrags der Actiengesellschaft mit dem Actionär, welcher die nicht in baarem Gelde bestehende Einlage geleistet hat, darstelle. Auch in dem U. des I. CS. des RG. v. 30. März 1881 (Entsch. Bd. V. S. 21) wird ausgeführt, der vom Gesetz geordnete und von der Behörde zu controllierende Entstehungshergang der Actiengesellschaft, welcher mit der Eintragung seinen Abschluss findet, gelte als ein einheitlicher. Inwiefern das U. des IV. CS. v. 7. Mai 1888 (Entsch. Bd. XXI S. 244) für dieselbe Ansicht zu verwerten sei, kann unerörtert bleiben, da es über das durch die Novelle v. 18. Juli 1884 geschaffene, hier nicht anwendbare Recht befindet. Wie dieser directe Erwerb des im Gesellschaftsvertrag für die Actiengesellschaft bestimmten Vermögens Seitens der letzteren rechtlich aufzufassen sei, darüber herrscht Streit. Von einer Seite wird angenommen, dass die Gründer im Gesellschaftsvertrage zu Gunsten eines Dritten,

---

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift und der Berliner Gerichts-Zeitung.

der Actiengesellschaft, contrahieren und dass diese nach den heutigen Grundsätzen über Verträge zu Gunsten Dritter unmittelbar mit ihrer Entstehung die ihr ausbedungenen Rechte erwirbt (vgl. Gierke Genossenschaftstheorie S. 124). Das frühere Preussische Obertribunal hat in mehreren Urtheilen ausgeführt, dass der Uebergang des Vermögens von der Gründergemeinschaft auf die Actiengesellschaft durch eine im modernen Recht ausgebildete, der Begründung der Gütergemeinschaft analoge Universalsuccession vermittelt wird (vgl. Striethorst Archiv Bd. 76 S. 138, Bd. 80 S. 57). Es bedarf hier keiner Erörterung, ob einer von diesen, oder noch anderweiten Rechtsconstructionen (vgl. Löwenfeld Das Recht der Actiengesellschaften S. 82 g.) beizustimmen sei, denn für die zutreffende Entscheidung genügt der vom RG. als richtig anerkannte Rechtsgrundsatz, dass es für die Kl. zum Erwerb der ihr im Gesellschaftsvertrage v. 27. Nov. 1883 von den vier Gründern bestimmten Vermögensrechte keines weiteren Uebertragungsacts bedurfte. Bildet der Gesellschaftsvertrag aber die Grundlage für den Rechtserwerb einer Actiengesellschaft, so lässt sich die Consequenz nicht abweisen, dass die Actiengesellschaft die ihr durch jenen Vertrag zugewendeten Vermögensstücke belastet mit denjenigen Verpflichtungen erhält, welche darauf beim Abschluss des Vertrags hafteten. Die Eintragung der Actiengesellschaft in das Handelregister hat nicht die Rechtswirkung, derartige Verpflichtungen aufzuheben und dem neu entstandenen Rechtssubject von jeder Belastung befreite Vermögensstücke zuzuführen. Gehörten z. B. einzelne inferierte Sachen nicht den einbringenden Gründern, oder ruhten auf ihnen dingliche Rechte, so ist der Eigentümer bezüglich der dinglich Berechtigte unbehindert, seine Ansprüche gegen die Actiengesellschaft zu verfolgen. Dasselbe muss auch von dem Anfechtungsanspruche gelten, welcher nach § 7 des RG. v. 21. Juli 1879 den Gläubiger ermächtigt, dasjenige, was durch eine anfechtbare Handlung aus dem Vermögen seines Schuldners veräussert oder weggegeben ist, als zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückzufordern. (U. V. CS. v. 6. Juli 1889, Nr. 79.)

50. Begriff des Frachtgeschäfts und des Frachtführers.

Das BG. betrachtet ganz richtig als Gegenstand des Frachtvertrags nicht blos Dienste zum Zwecke der Ausführung eines Transports, sondern die Transportleistung selbst (das opus), welche dem Frachtführer obliegt und findet in der gewerblichen Selbständigkeit des Transportunternehmers ein weiteres Merkmal, durch welches die strenge, dem Frachtführer nach Art. 395 Hgb. obliegende Haftung bedingt werde. Es erachtet daher nicht als Frachtführer denjenigen, welcher schlechthin der Herrschaft eines Anderen unterworfen ist und auf Grund eines ihm ertheilten Auftrags oder Befehls den Transport eines Guts und die Aufsicht über dasselbe während des Transports übernimmt. Auch der Seefrachtvertrag setzt voraus, dass der Verfrachter selbständig, für eigene Rechnung das Transportgewerbe ausübt. Denn nach Art. 477 Hgb. wird im Verhältnis zu Dritten auch derjenige als Rheder angesehen, welcher ein ihm nicht gehöriges Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für eigene Rechnung verwendet und es entweder selbst führt oder die Führung einem Schiffer anvertraut. Entscheidend ist also auch hier, dass dem Verfrachter die Disposition über das Schiff zusteht. Der Eigentümer des Schiffs ist, so lange eine andere Person über das Schiff disponiert, nicht als Rheder zu betrachten; der Unterverfrachter erscheint als Ladungsinteressent. (Vgl. Wagner Seerecht Bd. I S. 1—3.) Das Schiff ist dann auf Grund einer Sachmiete dem Dritten überlassen und von einem Frachtvertrage zur Beförderung von Gütern im Sinne des V. Buchs Tit. 5 des Hgb. kann nicht die Rede sein. (Vgl. Lewis Commentar 2. Aufl. Bd. I. S. 240.) So liegt aber die Sache auch hier. Der Kahneigentümer, resp. Steuermann und die Bootsleute erscheinen durch ihre Abhängigkeit von den Anweisungen der Bekl. als Angestellte der letzteren, welche ja ihrerseits auch die Gefahr des ganzen Unternehmens trägt. (Vgl. Ullrich im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 2 S. 320/21.) (U. I. CS. v. 25. Mai 1889, Nr. 103.)

Verordnungen.

48.

Verordnung des Justizministeriums vom 28. August 1889, Z. 16480,

betreffend die Entrichtung der Insertionsgebüren für die im Amtsblatte der „Prager Zeitung" veröffentlichten Caducitätsedicte hinsichtlich alter Depositen.

Im Einvernehmen mit den betheiligten k. k. Ministerien wird die JMVdg. v. 16. Dec. 1888, Z. 21645 (JMVBl. 52), betreffend die Entrichtung der Insertionsgebüren für die im Amtsblatte der „Wiener Zeitung" veröffentlichten Caducitätsedicte hinsichtlich alter Depositen, auch auf die Insertionsgebüren für die Einschaltung solcher Edicte in das Amtsblatt der „Prager Zeitung" ausgedehnt.

49.

Verordnung des Justizministeriums vom 27. Sept. 1889, Z. 15749,

betreffend die Mitwirkung der Justizbehörden zur Durchführung des Wehrgesetzes.

Die unter Nr. 45 des RGB. auszugsweise verlautbarte Verordnung des Ministeriums für Landesvertheidigung (Wehrvorschriften I. Theil) zur Durchführung des Wehrges. v. 11. April 1889 (RGB. 41) enthält mehrere, die Mitwirkung der Justizbehörden in Aussicht nehmende Bestimmungen:

1. Der § 23 der Wehrvorschriften (Anmeldung der Stellungspflichtigen zur Verzeichnung) enthält im Punkte 1 die Anordnung:

„Jeder Stellungspflichtige der zur nächsten Stellung berufenen drei Altersclassen hat sich im Monate November des vorangehenden Jahres bei dem Gemeindevorstande seines Heimats- oder ständigen Aufenthaltsorts zur Verzeichnung mündlich oder schriftlich zu melden (Wehrges. § 35)"

und im Punkte 6 die Bestimmung:

„Die in Straf-, Untersuchungs- oder Correctionshaft befindlichen Stellungspflichtigen werden durch die Vorstände der betreffenden Anstalten unter Angabe der zur Verzeichnung erforderlichen Daten bei der politischen Bezirksbehörde des Aufenthaltsorts angemeldet, welche hievon die zuständige politische Bezirksbehörde in Kenntnis zu setzen hat."

Die Gerichte und Verwaltungen der Strafanstalten werden demnach angewiesen, jährlich in der zweiten Hälfte des Monats November ein namentliches Verzeichnis der zu dieser Zeit bei ihnen in Haft befindlichen Personen, die in einer zur Stellung aufzurufenden Altersclasse stehen, der politischen Bezirksbehörde, in deren Sprengel der Sitz des Gerichts (der Strafanstalt) gelegen ist, mitzutheilen.

In diesem Verzeichnisse werden mit Hinblick auf das nach Muster 6 der Wehrvorschriften vom Gemeindevorstande zu verfassende Verzeichnis der Geburtstag und Geburtsort, die Heimatgemeinde, die Religion, der Stand (ledig, verheiratet), die Namen der Eltern, die Schulbildung und der Lebensberuf des Häftlings ersichtlich zu machen und wird auch anzumerken sein, ob der Häftling musikkundig ist.

2. § 90 der citierten Wehrvorschriften (Vorführung der Stellungspflichtigen vor die Stellungscommission) bestimmt im Punkte 3:

„Der Stellungscommission sind nicht vorzuführen: b) die in Untersuchungs-, Straf- oder Correctionshaft Stehenden und auch jene, welche sich in strafgerichtlicher (Vor-)Untersuchung, wenngleich auf freiem Fusse befinden. Personen der erwähnten Kategorien werden erst nach Entlassung aus der Haft, bez. nach beendetem Strafverfahren der Nachstellung unterzogen."

Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen werden die Gerichte, bez. Verwaltungen der Strafanstalten angewiesen:

A. In allen Strafsachen wegen Verbrechen und Vergehen, in welchen der Beschuldigte an dem Tage der Einleitung der Voruntersuchung oder der Zustellung einer unmittelbar eingebrachten Anklageschrift im Alter von 21, 22 und 23 Jahren stand, ist die Beendigung der Strafsache, mit Angabe des erwähnten Tags, der politischen Bezirksbehörde bekannt zu geben.

Die Bekanntgabe erfolgt, wenn eine Freiheitsstrafe nicht verhängt wurde, durch besondere Anzeige, wenn aber das Urtheil auf eine Freiheitsstrafe lautet, in der Weise, dass der erwähnte Tag in die Auskunftstabelle eingeschaltet wird, welche zufolge der MVdg. v. 15. Juni 1888 (RGB. 91) an die politische Bezirksbehörde (bez. landesfürstl. Polizeibehörde, welcher nach § 5 der bezogenen Verordnung die Einsendung eines Duplicats der Auskunftstabelle an die politische Bezirksbehörde obliegt) zu leiten ist.

B. Bezüglich der im obigen Lebensalter stehenden wegen einer Uebertretung zu einer Freiheitsstrafe Verurtheilten erfolgt die Verständigung durch die mit der erwähnten Verordnung vorgeschriebene Mittheilung der Auskunftstabelle.

Ist die Verurtheilung blos wegen einer Uebertretung gegen die Sicherheit der Ehre geschehen — für welchen Fall die Verpflichtung zur Einsendung der Auskunftstabelle an die politische Behörde nach der Verordnung vom 15. Juni 1888 nicht besteht — so ist gleichwohl die erfolgte Aburtheilung sofort beim Strafantritte der politischen Bezirksbehörde anzuzeigen.

C. Nach den sub A und B gegebenen Vorschriften ist auch in Ansehung solcher Personen vorzugehen, welche nicht mehr im stellungspflichtigen Alter stehen, wenn hervorkommt, dass sie ihrer Stellungspflicht seinerzeit nicht entsprochen haben.

In allen Fällen, in welchen die sub A—C angeordneten Verständigungen nicht durch Uebersendung der Auskunftstabelle, sondern mittelst besonderer Anzeige zu erfolgen haben, ist in dieser Anzeige der Name, das Alter, der Lebensberuf oder die Beschäftigung, der Wohn-(Aufenthalts-)Ort, sowie die Heimatsgemeinde der betreffenden Person zu bezeichnen

Die diese Gegenstände betreffenden hierortigen Erlässe v. 26. Juli 1869, Z. 9086 und v. 27. Mai 1876, Z. 6826 werden hiemit aufgehoben.

3. § 53 der Wehrvorschriften (Begünstigung für Besitzer ererbter Landwirtschaften) enthält folgende, dem Wehrgesetze entnommene Bestimmung:

1. Stellungspflichtige, welche Grundbesitzer sind, werden im Falle der Assentierung unter nachstehenden Bedingungen für die Ersatzreserve gewidmet:

a) wenn der Grundbesitz zur Kategorie der Landwirtschaften gehört und sie denselben im Erbschaftswege (von Verwandten oder Fremden) erlangten."

und bestimmt im Punkte 2:

„Die im Punkte 1a angeführte Bedingung ist durch Auszüge aus den Grundbüchern, Steuercatastern oder durch die Einantwortungsurkunde, in Ermanglung dieser durch das Steuerbuch und die Bescheinigung der Abhandlungs- oder competenten Gerichtsbehörde nachzuweisen."

Es wird Sache der Gerichtsbehörden sein, Bewerbern um Erlangung der angedeuteten Begünstigung zum Erweise ihres Anspruchs in der den Verhältnissen entsprechenden Art und Weise hilfreich an die Hand zu gehen.

4. Nach den Bestimmungen des Wehrgesetzes (§ 68) erscheinen die Gerichte zur Verfolgung und Bestrafung der im Gesetze als Vergehen erklärten strafbaren Handlungen (§§ 45, 47, 48, 49) berufen und haben nach Maassgabe des gerichtlichen Urtheils, insbesondere der mit der Verurtheilung kraft des Wehrgesetzes unmittelbar eintretenden, die Wehrpflicht betreffenden Rechtsfolgen die Ergänzungsbehörden das weitere Amt zu handeln.

Zur Durchführung dieser Bestimmungen werden die Gerichte beauftragt,

bei Verurtheilungen wegen eines der im Wehrgesetze normierten Vergehen nach durchgeführtem Strafverfahren die Strafacten an die für den Standort des Gerichts zuständige politische Bezirksbehörde zur weiteren Amtshandlung zu leiten.

5. Bei Verurtheilungen wegen der in den §§ 45 und 47 des Wehrgesetzes bedrohten Vergehen (qualificierte Stellungsflucht und listige Umtriebe, um sich oder einen Anderen der gesetzlichen Wehrpflicht zu entziehen) hat gemäss § 44 des Wehrgesetzes neben der Stellung des Schuldigen ausser der Altersclasse und Losreihe überdies eine Verlängerung der gesetzlichen Präsenzdienstzeit, und zwar mit dem Unterschiede einzutreten, dass diese Verlängerung, wenn der Schuldige nachträglich freiwillig zur Erfüllung seiner Stellungspflicht erschienen ist, ein Jahr, sonst aber zwei Jahre beträgt.

Da auch diese Wirkung des Strafurtheils nach § 65 des Wehrgesetzes als unmittelbare Rechtsfolge der Verurtheilung einzutreten hat, für die Dauer der Verlängerung der Dienstzeit aber der eben angeführte Unterschied maassgebend erscheint, werden die Gerichte bei Verurtheilungen wegen der angeführten zwei Vergehen jederzeit im Strafurtheile auszusprechen haben, ob der Verurtheilte zur Erfüllung seiner Stellungspflicht nachträglich freiwillig erschienen ist oder nicht.

6. Zur Ausführung der im § 66 des Wehrgesetzes in Ansehung der eingehobenen Strafgelder gegebenen Vorschriften werden schliesslich die Gerichte angewiesen, die wegen eines Vergehens gegen das Wehrgesetz eingehobenen Strafbeträge in jedem Falle an die politische Bezirksbehörde des Standorts des Gerichts behufs weiterer Verfügung mit den Strafgeldern abzuführen.

Fragen und Antworten.

11. Ist im Besitzstörungsverfahren mit den Entscheidungsgründen auch eine Abschrift der Zeugenaussagen auszufertigen?

Laut § 41 Hfd. v. 24. Oct. 1845 (JGS. 906) über das Summarverfahren ist nach beendigtem Zeugenverhöre das Urtheil zu schöpfen und mit demselben zugleich dem sachfälligen oder, wenn kein Theil in der Hauptsache ganz obsiegt hat, beiden Theilen nebst den Entscheidungsgründen eine Abschrift der Zeugenaussagen zuzustellen. Laut § 5 kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 (RGB. 12) sind die Streitigkeiten wegen Störung des Besitzes nach den Grundsätzen des Summarprocesses durchzuführen. Es ist die Frage, ob auch im Besitzstörungsprocesse mit dem Bescheide, welcher die Entscheidungsgründe enthalten muss, eine Abschrift der Zeugenaussagen den Parteien zuzustellen ist?

Brzeżany, den 10. October 1889. Dr. Adr.

Das Citat aus § 5 der kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 ist nicht richtig. Es ist mit keinem Worte in dieser Gesetzesstelle gesagt, dass das Verfahren in Besitzstörungssachen nach den Grundsätzen des Summarprocesses durchzuführen sei. Es ist hier nur das fragliche Verfahren als ein „summarisches" bezeichnet. Damit ist nicht gesagt, dass es ein summarisches im Sinne des Hfd. v. 24. Oct. 1845 sei. Es ist vielmehr seinem Wesen nach ein höchst summarisches (summariissimum), das noch mehr vereinfacht und abgekürzt ist, als das gewöhnlich summarische. Die für das letztere gegebenen Vorschriften lassen sich daher nicht ohneweiters auch im Besitzstörungsverfahren anwenden, umsoweniger, als das letztere durch die kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849 erschöpfend geregelt ist und mithin für die Anwendung einer Vorschrift über eine andere Processart keinen Raum lässt. Wir halten es demnach nicht für notwendig, dass mit dem Erkenntnisbescheide im Besitzstörungsverfahren zugleich eine Abschrift der Zeugenaussagen ausgefertigt werde.

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger: Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Einige Reformvorschläge zum Strafgesetzentwurf.

Von Dr. J. Ofner.

(Fortsetzung.)

B. Besonderer Theil.

Vorbemerkungen.

War schon im allgemeinen Theil die Unterlassung von Rubren nicht zu billigen, so verbindet sie sich im besonderen mit einem zweiten Fehler, welcher in praktischen Kreisen sehr schwer empfunden werden wird. In dem bestehenden Gesetz ist jedes Delict genannt; möge auch der Name nicht ganz passen, man verständigt sich durch denselben. Tüchtige Juristen würden nachdenken, wenn man von dem Verbrechen nach § 93 StG. sprechen würde; „unbefugte Einschränkung der persönlichen Freiheit“ versteht man sofort im gesetzlichen Sinne. Die Entziehung dieses einfachen und unbedenklichen Verständigungsmittels ohne anderen Grund, als weil es im deutschen Strafgesetzbuch auch nicht besteht, ist kaum zu rechtfertigen Man vergleiche damit die schöne Selbständigkeit, welche sich die Verfasser des allgem. bürgerl. Gesetzbuchs gegenüber dem preussischen Landrecht, trotzdem dieses gleichfalls ihre hauptsächliche Grundlage war, erhielten! Will man keine Rubren, so nenne man die Delicte in der Ueberschrift des Hauptstückes oder im Paragraph selbst, wie dies z. B. bei § 95, 96 u. a. geschieht. Dass aber Rubren die einfachste und klarste Form hiefür wären, ist nicht zu zweifeln.

Eine andere Folge und ein Beweis für die unselbständige Copiatur des deutschen Gesetzes ist die Systematik. Am auffallendsten tritt dies im XXIII. Hauptstück: „Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse“ hervor. Was hier zusammengewürfelt wird, ist geradezu unglaublich: Hazardspiel, furtum usus, betrügerische Bettelei, Verletzung des Brief- und Berufgeheimnisses, Ausbeutung (Wucher), Nachdruck u. a. Man verbinde im XX. Hauptstück Betrug und Ausbeutung und stelle in dasselbe die §§ 316—318, 309, 320; dann verbinde man in einem anderen Hauptstücke „Untreue und Verletzung fremder Geheimnisse“, d. h. §§ 285, 305, 389, 314, 315, und man erhält ohne grosse Veränderung eine erträgliche Ordnung. Ebenso gehören die §§ 359—361 nicht in die gemein-

gefährlichen Vergehen. Denn der Begriff „gemeingefährlich" verliert seinen Charakter, wenn man ihn nicht auf Handlungen von besonders ausgedehnter Wirksamkeit beschränkt.

Manche Abweichung von einer natürlichen, im Gegenstande selbst begründeten Systematik stammt davon her, dass, während bei den öffentlichen Delicten grössere Gruppen gebildet werden (V. Hptst.: V. gegen Wirksamkeit und Ansehen der Staatsgewalt; VI: Friedensstörungen und andere V. wider die öffentliche Ordnung u. a.), dies bei den Privatdelicten unterlassen wurde und namentlich ein Hauptstück über andere strafbare Handlungen wider die körperliche Sicherheit fehlt, unter welches allein § 359 gehören würde. Als Hauptstück über andere Handlungen wider das Vermögen ist wohl das XXIII. Hauptstück gemeint, das jedoch entsprechender zu bezeichnen wäre; denn Wilddiebstahl und Wildkrebsen erfolgt oft nicht aus Eigennutz, sondern nur aus Jagdlust und Ehrgeiz (Man könnte textiren: „Nachdruck und andere Vergehen wider das Vermögen"; das XXIV. Hauptstück wäre voranzustellen). In den einzelnen Hauptstücken ist wieder kein System, nicht einmal nach der Schärfe der Strafe. Man vergleiche §§ 276 bis 279: Zuchthaus, Gefängnis, Zuchthaus, Gefängnis; warum reiht man nicht § 279, 277, 276, 278? Oder man betrachte das Durcheinander in § 258 der RegVorl.! Es ist, als ob man den Entwurf in grösster Eile, so dass zu einer Ordnung nicht Zeit war, hätte fertigstellen müssen, während man sich doch 20 Jahre Zeit nahm.

Wenn man von den Arten der „öffentlichen Gewaltthätigkeit" absieht, die richtiger gruppirt werden mussten: so ist die Systematik des bestehenden Strafgesetzes über Verbrechen überhaupt einfacher und leichter fasslich.

Ein grosser Unterschied ist aber zwischen dem deutschen Strafgesetz und dem Entwurfe festzustellen — nicht zum Vortheil des letzteren. Der Entwurf ist bemüht, die klaren Begriffsbestimmungen des deutschen Gesetzes in vielen Fällen (die Specialvergleichung wird Gelegenheit geben, dies nachzuweisen) durch Anfügung einer allgemeinen Schlussformel oder durch allgemeinere Fassung des Textes unklar und unbestimmt zu machen, die Rechtsbegriffe zu polizeilichen Anweisungen (Polizeibegriffen) umzugestalten. Damit Niemand, der etwas den verpönten Handlungen Aehnliches begeht, entwischen, damit die Rechtsregel: „nulla poena sine lege" nicht praktisch werden könne: hat man vergessen, dass diese Regel zum Schutze der Staatsbürger getroffen ist, dass sie den Uebergang vom Polizei- zum Rechtsstaat kennzeichnet. Die wichtigste Aufgabe bei Revision des Entwurfs wird darin bestehen, in das Strafgesetz wieder klar umschriebene Rechtsbegriffe einzuführen.

Ich werde bei den nachstehenden Bemerkungen der Paragraphenordnung folgen. Allgemeine Grundsätze sollen mich hiebei weniger führen, als Erfahrung. Wo mir diese fehlt, werde ich auch eine Kritik unterlassen.

Aa. Oeffentliche Vergehen (= Verbrechen und Strafen).

I. V. gegen Staat, Kaiser, befreundete Staaten, Vertretungskörper u. ähnl. (Hauptstücke I—IV, §§ 89—113).

In § 94 halte ich die Einschaltung des Wortes „absichtlich" für angemessen, namentlich in § 94, Abs. 3. Er enthält eine Abart der Untreue — Untreue gegen den Staat. Man vergleiche nun den Text des § 285, welcher eine „Preisgebung anvertrauter Interessen" als begrifflich vorhanden annimmt, wenn auch der Vertrauensmann redlicherweise aus Billigkeit oder anderen berücksichtigenswerten Gründen handelte. Auch der Vertrauensmann der Regierung kann ein ihm aufgetragenes Staatsgeschäft zum Nachtheil des Staates führen und doch redlicherweise vorgehen. Als Verbrecher kann und soll nur derjenige hingestellt werden, der das Geschäft in der Absicht auf den Nachtheil des Staates führt.

§ 100 sollte so wie § 102 nur heissen: „Wer eine Thätlichkeit .... verübt." Denn ist eine Drohung nicht mit der That in Beziehung, und dadurch selbst Thätlichkeit, so ist sie lediglich Beleidigung im Sinne des § 101. Auf die Incongruenz der Strafen in §§ 100 und 101, §§ 102 und 103 habe ich bereits aufmerksam gemacht.

Auch in § 109 ist „Anwendung oder Androhung" zu unklar; fehlt bei der Androhung die nähere Beziehung zum Erfolg, ist sie nicht „gefährliche" Drohung, so kann sie nicht mit Anwendung von Gewalt auf gleiche Stufe gesetzt werden. Der Versuch ist nach dem Entwurfe ohnehin der That gleichgestellt; es wäre daher richtiger zu textiren: „Wer .. die Versammlung eines Hauses des Reichsrathes .. sprengt, .. hindert, u. s. w."

Ebenso vermisse ich in § 110—111 die „gefährliche" Bedrohung. § 110 bietet auch ein auffälliges Beispiel, wie man klare Bestimmungen des deutschen Gesetzes durch allgemeinere ersetzte. Das deutsche Gesetz sagte: „Gewalt oder Bedrohung mit einer strafbaren Handlung"; der Entwurf sagt in § 110: Anwendung oder Androhung von Gewalt oder Bedrohung mit rechtswidriger Zufügung von Nachtheilen". Als rechtswidrig kann man auch betrachten, dass jemand ohne anderen Grund als den Wahlzweck seine Kundschaft entzieht. „Gesetzwidrig" wäre schon deutlicher. Aber auch das Wort: „Nachtheil" ist zu unbestimmt; es lässt ebenso wie die Androhung das „Gefährliche" vermissen. Man nehme den Begriff des § 98 des bestehenden Strafgesetzes auf; er ist deutlich und unseren Richtern durch häufige Anwendung vertraut.

Bei § 112 ist der Maximalsatz von zwei Jahren zu klein; vergleiche § 108, Abs. 1 des deutschen Strafgesetzes. Es ist dies zugleich ein Beispiel, dass man den Satz von zwei Jahren nicht braucht.

Bei § 113 ist das Wort: „Wahlbestechung" auf den Verkäufer seiner Wahlstimme nicht unmittelbar anwendbar und wäre

der Satz daher sprachrichtiger, wenn er in zwei Theile zerlegt würde: „Wer .... abzuhalten sucht, wird wegen Wahlbestechnng ... bestraft. Dieselbe Strafe trifft“ u. s. w. Das Strafmaximum ist zu klein; das Delict steht in manchen Fällen, namentlich wenn die Bestechung in grossem Maassstabe geübt wird, der Wahlfälschung an Schwere gleich. Andererseits kann in den Wirren unseres jungen parlamentarischen Lebens auch leicht ein Rechtsirrtum über das Delict unterlaufen und könnte daher für besonders rücksichtswürdige Fälle Haft zugestanden werden.

II. V. gegen Wirksamkeit und Ansehen der Staatsgewalt. (Hauptstück V, §§ 114—137.)

Für die Anpreisung einer mit Strafe bedrohten Handlung (§ 117), für Beschimpfung von Behörden (§ 118), Verbreiten erdichteter Thatsachen in gutem Glauben (§ 118, Abs. 3), für Beleidigung oder Störung im Dienst (§ 122), für die Delicte der §§ 127—130, §§ 133—4, § 136, Abs. 2, sollte wahlweise Haft verhängt sein.

Das V. Hauptstück bietet auch einen sprechenden Beleg für die Notwendigkeit von Rubren; dann für die Launenhaftigkeit der Strafmessung in Geld (§ 114: 3 Jahre oder 1000 fl.; § 116: 1 Jahr oder 1000 fl.; § 115: 1 Jahr oder 500 fl.; § 117: 6 Monate oder 500 fl.; § 119 6 Monate oder 1000 fl.; § 131: 5 Jahre oder 1000 fl.!).

Der letzte Fall des § 115: „Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung“ gehört systematisch als erster Absatz zu § 117. Dann schliessen auch §§ 114—116 zusammen.

In § 119 ist das Strafmaximum zu gering. Das Complott öffentlicher Beamter, um die Ausführung eines Gesetzes rechtswidrig zu hindern, ist ein schwerer Fall von Untreue, und Gefängnis bis 5 Jahren kein zu hoher Satz. Die Scheidung von Abs. 1 und 2 ist mir nicht ganz verständlich: wenn man in dem Einvernehmen so weit gekemmen ist, dass man von dem vorgelegten Plane fünf Punkte angenommen hat, bei Beratung des sechsten aber verhaftet wurde, so sind 6 Monate Maximum; wenn aber der Arretirende gewartet hat, bis auch der sechste und letzte Punkt vereinbart ist, dann sind drei Jahre Maximum. Ist es so gemeint?

In § 120 sind die Bestellten bei Eisenbahnen oder Telegraphen (Abs. 2) „Personen“, die Bestellten für Schutz von Menschen nnd Eigentum sind „Personale“; möchte man den letzteren nicht auch das Anrecht auf die Personeneigenschaft ohne lateinisches Anhängsel belassen oder sie als „Mannschaft“ bezeichnen?

In § 126 lautet der Schlusssatz richtiger: „Die Bestimmung des § 125 findet sinngemässe Anwendung.“

In § 131 ist ein wesentlicher Unterschied nicht beachtet. Wenn die Vernichtung der öffentlich aufzubewahrenden Urkunde geschieht, um sich zum Schaden eines Anderen einen widerrechtlichen Vermögensvortheil zuzuwenden (z. B. wenn ein Testament vernichtet wird, dessen Inhalt dadurch unbeweisbar wird), so ist

auch Zuchthausstrafe als statthaft zu erklären. (Dasselbe gilt für § 292).

Principiell wichtig ist die Untersuchung des § 133. Auch nach dem Ausschussantrag soll die Veröffentlichung der Anklageschrift strafbar sein, wenn sie erfolgt, bevor in der Hauptverhandlung hievon Gebrauch gemacht wurde. Wozu das Geheimnis, wenn die Anklage einmal rechtskräftig geworden ist? Ebenso kann ich das Verbot, die in der Verhandlung vorkommenden Rechtsfragen zu besprechen, nur bei Schwurgerichtsfällen verstehen; die rechtsunkundigen Geschworenen könnten dadurch beeinflusst werden. Aber warum soll es denn nicht gestattet sein, dem gelehrten Richter, welcher sich sein eigenes Urtheil über die Frage nicht verkümmern lässt, in interessanten Fällen durch Besprechung der verschiedenen Seiten der Rechtsfrage die vielleicht langwierige theoretische Vorarbeit abzukürzen? Sind doch im Mittelalter Gutachten von Facultäten regelmässig beigebracht worden, und das Verbot in späterer Zeit erfolgte nicht wegen deren Schädlichkeit, sondern nur als Ausdruck der staatlichen Omnipotenz auch auf juristischem Gebiete. § 133 würde also richtiger lauten:

„Mit Gefängnis bis zu drei Monaten, Haft, oder an Geld bis zu 500 fl. wird bestraft, wer im Laufe eines strafgerichtlichen Verfahrens öffentlich (§ 90 Z. 2):

1. die Anklageschrift oder das über dieselbe ergangene oder dieselbe ersetzende Erkenntnis vor deren Rechtskraft; oder den Inhalt der zu den Acten gebrachten Beweisurkunden oder Aussagen von Beschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen, bevor davon in der Hauptverhandlung Gebrauch gemacht wurde, bekannt macht; oder die Ergebnisse des Strafverfahrens entstellt;

2. in Fällen eines schwurgerichtlichen Verfahrens dem Ausspruche der Geschworenen durch Erörterungen über die Kraft der Beweismittel oder durch Aufstellung von Vermutungen über den Ausgang der Hauptverhandlung vorgreift."

III. V. gegen die öffentliche Ordnung und Geldfälschung. (Hauptstücke VI—VII, §§ 138—159.)

In §§ 138, 139, 143, 145, 148, 149 wäre wahlweise Haft zu verhängen.

In § 140 ist der Versuch („Wer .... in Furcht oder Unruhe zu versetzen sucht") als vollendetes Delict bezeichnet; wo soll dann der Versuch beginnen, der doch nach dem Entwurfe schon als Delict gilt? § 126 des deutschen Gesetzes, welches den Versuch nicht bestraft, erklärt dennoch nur denjenigen strafbar, der durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens den öffentlichen Frieden stört (nicht: „zu stören sucht"). Umso gewisser muss § 140 die gefährliche Drohung dahin definiren, dass erst das wirkliche Versetzen in Furcht und Unruhe (nicht:

„oder Unruhe"; denn Unruhe ist eine viel zu schwache Empfindung) das Vergehen vollendet. Auch vermisst man wieder (vgl. §§ 109 bis 111, 144) das Kennzeichen der „Gefährlichkeit", d. h. der objectiven Eignung der Androhung, in Furcht zu versetzen. Man vergleiche § 126 des deutschen, § 99 des geltenden Strafgesetzes; beide sind viel bestimmter als der Entwurf!

Der Vorwurf, dass der Versuch als vollendetes Vergehen hingestellt wird, richtet sich auch gegen § 141. Nicht das Zusammenrotten, um Gewalt zu verüben, sondern erst die Verübung selbst ist das vollbrachte Delict; die Zusammenrottung ist der Versuch hiezu.[1] Den gleichen Fehler begeht § 148, gegen den Wortlaut des bisherigen § 286 StG. Die Minimalstrafe von einem Jahre gegen Personen, welche bei Landfriedenbruch (§ 141, Abs. 2) Sachen zerstört haben, ist viel zu gross; man denke an Strikes, an die halb unmündigen Leute, welche hier mitgerissen werden und im Taumel sich verleiten lassen, eine Fensterscheibe einzuschlagen! Auch sollte § 125 als sinngemäss anwendbar erklärt werden.

In § 143, Punkt 2 sollte das Beiwort „ernste" („ernste Aufforderung") eingeschaltet werden. Die Aufforderung, sich zu entfernen, kann auch vom Schuldner dem mahnenden Gläubiger entgegengerufen werden; und wenn sich Letzterer nicht sofort entfernt, sondern noch einige Anstrengungen macht, um durch Ersuchen oder Drohung mit gerichtlichen Schritten zu seinem Gelde zu kommen, so ist er noch kein Verletzer des Hausrechts. Das Beiwort „ernst" weist den Richter an, in der Behandlung dieses empfindlichen Delicts vorsichtig zu sein.

Für die Androhung der §§ 144—5 gilt das zu §§ 109—111 Gesagte.

In § 152 ist die Fassung etwas zu ändern, damit, entsprechend der Absicht des Gesetzes, der Finalsatz: „damit das nachgemachte oder verfälschte Geld unter dem ihm beigelegten Scheine in Verkehr gebracht werde" — auf die sämmtlichen Abarten der Geldfälschung bezogen werde; denn auch das Zerschneiden und Zusammenfügen von Wertpapieren ist nur unter dieser Voraussetzung Verbrechen. Man könnte die Form des § 146 des deutschen Gesetzes nachahmen und sagen:

„Wer im Verkehre gangbares Metall- oder Papiergeld eines Staates[2] nachmacht, damit dasselbe als echtes Geld in Verkehr gebracht werde; wer in gleicher Absicht echtem Gelde etc."

---

[1] Wie vorsichtig man in der Fassung der Gesetze sein muss, zeigt die Auslegung des § 118 d StG. von Seite des Cassationshofs. § 118 sollte zweifellos nur eine kurze Wiederholung der §§ 106, 114, 107 in Anwendung auf Münze sein; § 118 d insbesondere dem § 107 entsprechen. Nichtsdestoweniger wird hier die Mitwirkung als Hauptthat bestraft, und ein Mann, der für sich selbst Werkzeuge anschaffte, dann aber aus thätiger Reue nicht fälschte, wurde schuldig erklärt.

[2] Der Gedanke: „oder ein in Beziehung auf den strafgesetzlichen Schutz dem Staatsgelde gleichgestelltes Geld" wäre besser in § 155 auszudrücken.

In § 153 ist der Finalsatz undeutlich; wer muss die Absicht haben, derjenige, der das Geld verfälscht hat, oder derjenige, der es übernimmt? Deutlicher wäre: „auf denjenigen, welcher (von wem immer) nachgemachtes Geld zum Zwecke, dass es.... in Verkehr gebracht werde, anschafft (übernimmt) oder anderen verschafft.“

In § 154 wäre, wie in § 148 des deutschen Gesetzes einzufügen: „wissentlich“ oder „nach erkannter Unechtheit“; in § 155 die derzeit in § 152 eingeschaltete weitere Begriffsbestimmung des gangbaren Geldes:

Dem Staatsgelde (Metall- oder Papiergeld) wird das von einer öffentlichen Casse, Gemeinde, Corporation oder Privatperson ausgestellte Geld gleichgeachtet, welches dem Staatsgelde in Beziehung auf den strafrechtlichen Schutz dem durch Gesetz gleichgestellt ist. Dem Papiergelde u. s. w.

IV. Meineid, falsche Aussage und falsche Anschuldigung. (Hauptstück VIII, §§ 160—172.)

Der Meineid ist mit Recht als besonderes Delict bezeichnet, weil er ausser der Schädigung eines Privaten zugleich eine Vereitlung der Justiz bedingt. Aber man darf doch niemals verkennen, dass er eine besonders schwere Art des Betrugs in sich enthält, und ich halte es daher für incongruent, dass Betrug in § 276 mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft wird, während der Meineid (und das falsche Zeugnis) in einer Civilsache, auch wenn der Schade 1000 fl. übersteigt, nur die Maximalstrafe von 5 Jahren hat. Wenn der Meineid abgelegt wird, um sich oder Anderen einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen und der Schade den Betrag von 1000 fl. übersteigt, so mag immerhin das zehnjährige Maximum angenommen werden. Es versteht sich aber von selbst, dass solche Erhöhungen nur dann gerechtfertigt sind, wenn den Verurtheilten das Berufungsrecht in einer weit ausgedehnteren Weise gestattet wird, als in dem ominösen Art. XXXVIII des Einführungsgesetzes.

Ebenso finde ich in § 161 die Maximalstrafe, wenn Eigennutz obwaltet, zu gering. Der Glaube an einen Zeugen oder Sachverständigen wird, wenn die Eidesfähigkeit nicht abgesprochen wird, durch Eid wenig erhöht. Das Gutachten z. B. ist der Richterspruch, da nach dem bestehenden Civilprocessgesetze Ueberprüfung ausgeschlossen ist. Wenn ein Sachverständiger aus Eigennutz die Partei durch absichtlich falsches Gutachten um ihren berechtigten Anspruch bringt, so verdient er Zuchthaus! Ich begreife nicht, wie man verkennen kann, dass hier überall Betrug mitspielt. Nur wenn der Richter die Eidesfähigkeit abgesprochen hat (z. B. wegen Feindschaft) und wenn hiedurch das Zeugnis zu einem geringern Beweismittel geworden, die Gefahr des hiedurch zu verübenden Schadens verringert ist: mag man Gefängnis in allen Fällen als genügend annehmen.

Anderseits könnte der Unterschied, welchen § 162 für die Aussage in einer Strafsache trifft, und welcher sich auf den zugefügten Schaden bezieht (vgl. auch § 152, Abs. 2), auch auf Civilsachen ausgedehnt, und die falsche Aussage mit oder ohne Eid, wenn es sich lediglich um Vermögensschaden handelt, und dieser den Betrag von 100 fl. nicht übersteigt, als minder strafbar erklärt und nur mit Gefängnis bedroht werden.

In § 164, Abs. 2 ist der letzte Satz: „sofern durch diesen Widerruf von Anderen rechtswidriger Nachtheil abgewendet wurde" nicht klar. Soll damit gesagt sein, dass, wenn der Meineidige die Verurtheilung eines Andern zu 10 Jahren Zuchthaus verschuldet hat, und widerruft, nachdem der Andere 5 Jahre verbüsst hat, er mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft wird? Man kann wohl auch hier sagen: besser 5, als 10 Jahre — aber die Verringerung des Strafsatzes ist doch offenbar zu gross. Der § 157 des deutschen Strafgesetzes, wenn er Ermässigung auf die Hälfte bis auf ein Viertheil zugesteht, und hiedurch auf ein angemessenes Verhältnis zu dem verschuldeten Uebel hinweist, ist richtiger gedacht. Wenn man einen bestimmten Strafsatz aufstellen will, was zu billigen ist, so ist derselbe für den Fall des § 162, Abs. 2 zu erhöhen; der Schlusssatz ferner auf Abwendung von Nachtheil in erheblichem Maasse zu beschränken.

Auf das Delict des § 166 könnte wahlweise Haft verhängt werden; das Maximum ist andererseits zu gering; wenn die Fahrlässigkeit Zuchthausstrafe eines Andern über 3 Jahre verschuldet hat und culpa lata war, so ist 1 Jahr nicht zu viel. Ist § 165 auch hier anwendbar? Die Anführung des § 163 spricht dagegen, die ratio meines Erachtens dafür; wenn die Fahrlässigkeit langwierige Strafe zur Folge hatte, wenn sie entdeckt wurde, während ihr Opfer noch verhaftet ist, und der Meineidige wegen Verjährung freigesprochen werden muss: so wird dies jedes Rechtsgefühl beleidigen.

§ 167 trifft den Fall, dass die Verleitung zum Meineid keinen Erfolg gehabt hat. Wie aber, wenn sie Erfolg hatte, der Meineidige aber nur nach § 166 strafbar wird? Hier wäre der Anstifter nur des geringen Vergehens mitschuldig, weil die Delicte der §§ 160 bis 162 und des § 166 objectiv verschieden sind (§ 53). Es könnte dies dadurch verbessert werden, dass in § 166 als zweiter Satz eingeschaltet würde: „Die Minderung der Strafe findet auf Theilnehmer, welche die Aussage als falsch kannten, keine Anwendung."

Nebstbei ist dies ein Beweis, dass der Entwurf nicht wohl daran that, den § 50 des deutschen Gesetzes (§ 5, Abs. 2 des geltenden österr. Ges.) zu übergehen.

In § 171 ist (sowie in § 150) die Strafe nur für denjenigen anzudrohen, der es vorsätzlich unterlässt u. s. w. 3 Jahre oder 1000 fl.! In § 168 sind 2 Jahre oder 1000 fl., in § 159 2 Jahre oder 500 fl. angedroht.

V. Vergehen wider Religion und Personenstand. (Hauptstücke IX—X, §§ 173—181.)

Für §§ 176, 177, 179 wäre wahlweise Haft zu verhängen. In § 173 fehlt das Merkzeichen der „gefährlichen" Drohung.

In § 174 wäre der unbestimmte und vieldeutige Ausdruck „lästern", ähnlich wie dies in § 166 des deutschen Gesetzes geschieht, zu erläutern; auch „Gott" und „die Lehren einer gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaft" (§ 175, 1) erkenntlich zu scheiden. Der Cassationshof hat mit der Redewendung: im „Gott" des § 122 a St.G. sei nicht der abstracte, sondern der concrete Gottesbegriff, in der „Religion" des § 122 b nicht die Religion in abstracto, sondern die der anerkannten Confessionen gemeint — die entsprechenden Bestimmungen der §§ 122 und 303 St.G. vollständig identificirt. Vergleiche die Entscheidung v. 5. März 1886, Z. 11708, Samml. Nr. 984: „Es stehe der Anwendung des § 122 b nicht im Wege, dass sich der Ausdruck der Verachtung nur auf einzelne Lehren eines gesetzlich anerkannten Glaubensbekenntnisses bezieht."

Am einfachsten ist es jedenfalls, wenn man in § 174 die ganz unpassende Strafart des Zuchthauses weglässt. Man kann ein sehr edler Mensch sein, ohne an Gott zu glauben; die Gotteslästerung deutet auf Unbesonnenheit, auch wohl Rücksichtslosigkeit, aber nicht auf Eigennutz oder Schadenfreude. Wollte man daher aus Gotteslästerung ein Verbrechen machen, so müsste man auch Staatsgefängnis zulassen. Aber Gefängnis ist gewiss in allen Fällen genügend, um einen Gotteslästerer in seine Schranken zurückzuweisen.

§ 181 setzt die Unwissenheit des Theils, welchem das Ehehindernis verschwiegen worden ist, voraus; § 170 des deutschen Gesetzes gebrauchte zu diesem Zwecke das Wort „arglistig". Man könnte textiren: „Ist eine Ehe für ungiltig erklärt worden, so ist derjenige, welcher das Ehehindernis dem andern Theile, der es nicht kannte, bei Eingehung der Ehe vorsätzlich verschwiegen hat u. s. f." Im Schlussatze des Paragraphen könnte der juristendeutsche Ausdruck: „Die in § 86, Absatz 2 festgestellte Frist zu dieser Antragstellung" durch den gleichbedeutenden: „Die Frist für diesen Antrag (§ 86, Abs. 2)" ersetzt werden.

VI. Vergehen gegen die Sittlichkeit (Hauptstück XI, §§ 182—194.)

§ 183 (Ehebruch) meint unter „dem Mitschuldigen" den Mitthäter. Sind hier die Mitschuldigen, die Anstifter und Gehilfen straflos? Können sie allein angeklagt werden? Die MVdg. vom 5. Sept. 1859 lässt die Alleinklage zu; aber die Frage ist jedenfalls zweifelhaft und muss positiv gelöst werden. § 503 des geltenden Gesetzes schränkt auch das Klagerecht des beleidigten Gatten in noch anderer Weise ein; und die Bestimmung, dass man nicht

gleichzeitig wegen Ehebruchs anklagen und mit dem schuldigen Gatten weiterleben solle, ist sittlich wohlberechtigt.

In § 184 ist der Schlussatz des entsprechenden § 173 des deutschen Gesetzes nicht aufgenommen. Wenn Verleitung festgestellt ist, sollte die Straflosigkeit bis zu 18 Jahren erhalten bleiben; das junge Blut ist dann ohnehin hart genug gestraft. Ich würde also den Schlusssatz anraten: „Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie unter 18 Jahren bleiben straflos, wenn sie zum Beischlafe verleitet wurden."

In § 190 wäre zu sagen: „Irrtum erregt oder in Kenntnis desselben benutzt."

In § 191 wären die in Abs. 3 und 4 angeführten Thaten von den anderen zu trennen, weil sie von besonderer Eigenart sind; sie sind Verbrechen, weil sie Betrug oder Untreue enthalten. Man erkennt dies auf den ersten Blick, denn beide sprechen von (auch nur einmaligem) Beischlaf oder Befriedigung der Geschlechtslust; die Abs. 1, 3, 5 von „unzüchtigem Gewerbe mit dem Körper." Es ist also richtiger, wenn man sie, wie im deutschen Gesetze, in einen besonderen Paragraph fasst. Für die Strafe sollte die Gewerbemässigkeit in Rücksicht gezogen werden. Die Maximalsätze sind zu gering; § 180 des deutschen Gesetzes verhängt Gefängnis bis 5 Jahren; §§ 513—514 StG. bestimmen 3—6 Monate strengen Arrest, verfügen aber bei Wiederholung obligatorische Abschaffung.

Auf das Delict des § 193 ist wahlweise Haft zu setzen.

Bb. Privatvergehen.

I. Beleidigung (Hauptstück XII, §§ 195—207).

Für alle Arten von Beleidigung ist wahlweise Haft zu verhängen. Wörtliche und thätliche Beleidigung wären (in § 195) betreffs Höhe der Strafe zu unterscheiden.

Ebenso ist die öffentliche Beschimpfung oder Beschuldigung härter zu bestrafen, als die nicht öffentliche. Für verfehlt halte ich dagegen den § 198. Er athmet noch den Geist des Polizeistaates, der Leisetreterei. Wenn Jemand eine verächtliche That begangen hat, soll man ihm sie in's Gesicht sagen dürfen; die sociale Sanction ist die beste Stütze des Gesetzes. Es ist gerechtfertigt, wenn das bestehende Gesetz für öffentliche Beschuldigungen den Beweis der Wahrheit, nicht der blossen Wahrscheinlichkeit und des guten Glaubens zur Straflosigkeit verlangt; aber weiter gehen soll man nicht. Insbesondere ist die Bevorzugung eines Beweismittels (öffentliche Urkunden) vor anderen in einer Zeit unberechtigt, welche den Unterschied von Beweismitteln selbst im Civilprocess beseitigt. Ich scheue mich sogar, die positive Fassung: „wenn erkennbar ist, dass der Beleidigte lediglich durch Bosheit oder Schadenfreude geleitet war" anzuempfehlen, weil die Wahrheit, abgesehen von dem Falle des § 201, Abs. 1

soll gesagt werden können. Hat der Mann eine schändliche That begangen, warum soll man sie nicht künden dürfen?

Die Worte: „rechtlich begründetes Privatinteresse" können auch zu sehr gedeutet werden. Ein Beispiel aus der Praxis! Jemand verkauft einem Kunden Waare; der nennt ihm einen Concurrenten als billiger, und der Verkäufer sagt darauf: Ach der, dem ist von der Anstalt X wegen verschiedener schlechter Stücke die Lieferung entzogen worden! Der Concurrent erfährt es, klagt wegen Ehrenbeleidigung, die Direction der Anstalt wird befragt und bestätigt den behaupteten Sachverhalt. War hier ein „berechtigtes" Privatinteresse zu fördern?

Die Grundsätze über den Wahrheitsbeweis wären meines Erachtens dahin zu fassen:

1. Beschuldigungen, für welche der Wahrheitsbeweis geführt wird, sind (ausser den Fällen des § 201, Abs. 1 und 3) straffrei.

2. Nicht öffentliche Beschuldigungen, die im guten Glauben auf Grund von Thatsachen erhoben wurden, aus welchen der Beleidigende die Wahrheit seiner Behauptung annehmen konnte, obwohl sie unwahr ist, bleiben straflos. Doch ist die Unrichtigkeit der Beschuldigung im Urtheil auszusprechen, und ist dem Beleidigten unter sinngemässser Anwendung des § 206 die Befugnis zu ertheilen, diesen Ausspruch öffentlich bekannt zu machen. Ebenso ist der Beleidiger schuldig, die Kosten der Verhandlung zu tragen.

3. Oeffentliche, in gutem Glauben auf Grund entsprechender Thatsachen erfolgte Beschuldigungen geniessen die in Nr. 2 enthaltene Begünstigung nur dann, wenn der Beleidiger lediglich von der Absicht geleitet wurde, ein rechtlich begründetes Privatinteresse oder das öffentliche Wohl zu fördern.[1]

In allen diesen Fällen gilt der Schlussatz des § 197, dass, wenn die Beschuldigung in beschimpfender Form erfolgte, die Bestrafung nach § 195 statthaft ist.

Die Bestimmungen über die Führung des Wahrheitsbeweises (§ 199) bedürfen einer Einschränkung. Abs. 2 sollte schliessen: „welche nur über Antrag oder Privatanklage eines Andern als des Beleidigers verfolgt werden könnte." Denn wenn der Beleidiger antragsberechtigt war, von der Verfolgung auch nicht zurücktrat, sondern ohne seine Schuld z. B. durch Tod des Beleidigten (und Schuldigen) an derselben verhindert wurde, so ist es Unrecht, wenn man ihm den Wahrheitsbeweis versagt. Andererseits könnte Abs. 1 dahin ergänzt werden, dass der Wahrheitsbeweis auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Beleidiger als zum Strafantrag oder zur Privatanklage Berechtigter dieses Recht versäumt hat, und aus diesem Grunde das Strafverfahren nicht mehr einleiten kann.

---

[1] Eine strengere Beurtheilung des Begriffs: „rechtlich begründetes Parteiinteresse" ist dann unschädlich, sogar ratsam.

§ 201, Abs. 1 und 3 wären klarer, wenn man, anstatt dies durch Citation des § 195 anzudeuten, bestimmt den Wahrheitsbeweis ausschliessen würde. § 201, Abs. 2 ist mit beiden nicht zu verbinden, weil er fälschliche Beschuldigung voraussetzt, während Abs. 1 und 2 wahre Thatsachen betreffen. Systematisch gefälliger wäre es daher, wenn man § 200 mit § 196 in einen Paragraphen verknüpfen, (Abs. 1 = § 196, 1; Abs. 2 = § 200; Abs. 3 = § 196, 2); und dann reihen würde: § 195; § 201, Abs. 2; § 196 (einschliesslich § 200); §§ 197—199; und nunmehr § 201, Abs. 1 und 3 mit der Einleitung: „Unter Ausschluss des Wahrheitsbeweises wird nach § 195 bestraft. . .“

In § 204 hat der Ausschuss eine Aenderung getroffen; das „jedoch“, welches nur in der Regierungsvorlage einen Sinn hatte, wäre dann zu streichen.

II. V. gegen Leib und Leben (Hauptstücke XIII—XV, §§ 208—241).

In dem Hauptstück vom Zweikampf ist § 211 nicht gerechtfertigt. Er belohnt eine betrügerische Handlung. Der Herausforderer hat die Strafbarkeit des Gegners veranlasst; nun tritt er zurück und sein Opfer wird gestraft. Das deutsche Gesetz hatte durch die Fassung: „wenn die Parteien den Zweikampf . . freiwillig aufgegeben haben“ — das Einverständnis verlangt. Nun ist letzteres in manchen Fällen hart. Wenn die Partei sich eines Bessern bedacht hat, so soll ihre Straflosigkeit nicht von dem Belieben der andern abhängig sein; aber anderseits muss verlangt werden, dass die Partei ihren Entschluss dem Gegner bekannt macht, und ihm hiedurch Gelegenheit gibt, auch selbst durch Rücktritt, bez. Annahme des Rücktritts des Gegners straflos zu werden. Denn die Herausforderung oder Annahme ist gleichzeitig Verursachung der Strafbarkeit des Andern und als solche analog § 50 des Entwurfs zu behandeln. Die Anlage der §§ 208 ff erscheint mir aber auch theoretisch nicht richtig zu sein. Was ist Versuch des Zweikampfs? Bei dem Herausgeforderten wird es anerkannt, dass erst die Stellung zum Zweikampfe das vollendete Verbrechen ist; warum will man es beim Herausforderer nicht erkennen? Das deutsche Gesetz, welches den Versuch als straflos erklärt, wenn es in der einzelnen Gesetzesvorschrift nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, musste den Versuch in den Begriff aufnehmen; erklärte aber folgerichtig Herausforderung oder Annahme derselben als Beginn der strafbaren Handlung. Der Entwurf folgt dem § 158 des bestehenden Gesetzes, obwohl schon wiederholt darauf hingewiesen wurde, dass der Herausforderer oft durch seinen Gegner zur Herausforderung gezwungen und eine verschiedene Stellung der beiden Parteien daher nicht berechtigt ist. Will man — und ich bin ganz einverstanden — den Versuch ausschliessen, so sage man dies ausdrücklich, wie es in § 47 vorgeschrieben ist; statuire den Beginn der Strafbarkeit des Herausgeforderten aber dann mit der Annahme, und er-

kläre als straflos (nach § 211) die Partei, welche den Zweikampf vor Beginn freiwillig aufgibt und dies dem Gegner zur Kenntnis bringt.

In § 217 (amer. Duell) wären die Worte: „oder Staatsgefängnis" nach der Regierungsvorlage zu belassen. Die Aufregung über das Feige und Gefährliche des amerikanischen Duells ist sehr löblich; aber so wenig Napoleon I. das Duell durch dessen Verschweigen im Code penal unterdrückt hat, so wenig ist es berechtigt, im Strafgesetz zu verkennen, dass auch das amerikanische Duell nicht notwendig auf verächtliche Gesinnung deutet. Dagegen wären in § 218 die Worte: „wenn das Uebereinkommen .. für unverbindlich erklärt würde" — durch schärfere zu ersetzen, und zu sagen: „wenn die Parteien .. von dem Uebereinkommen zurücktraten; oder: das Uebereinkommen aufgaben." Sonst ist die Gefahr vorhanden, dass bei jeder Vereinbarung eines amerikanischen Duells die Clausel der Unverbindlichkeit aufgenommen wird, sowie manche Clauseln (z. B. Verzicht auf die Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte des Wertes) in Verträgen bestimmter Art immer erscheinen. Die Parteien betrachten sich dennoch als gebunden, und das Gesetz kann durch seinen Wortlaut illusorisch gemacht werden.

Die Unterscheidung zwischen Mord und Todtschlag in § 219 ist derzeit nach den Beschlüssen des Ausschusses richtiger gefasst, namentlich dadurch, dass der Todtschlag nicht mehr als Ausnahme hingestellt und so dem Angeklagten gewissermassen die Beweislast für den Mangel der Ueberlegung auferlegt ist. Es würde vielleicht noch richtiger sein, anstatt: „ohne Ueberlegung", ebenso wie das deutsche Gesetz zu sagen: „nicht mit Ueberlegung." Es ist damit anstatt des conträren der umfassendere contradictorische Gegensatz aufgestellt, und der Mord als die besonders zu beweisende Abart erklärt; wenn nicht Ueberlegung aus den Umständen erhellt, ist nur Todtschlag anzunehmen.

Will man Minima belassen, so wäre in § 221 ein Jahr als geringstes Maass zu setzen. Wer durch ernste Bitte des Getödteten, der vielleicht an unheilbarer Krankheit dahin siecht, von Schmerzen verfolgt ist, selbst wegen Schwäche die That nicht vollführen kann, und den Freund um Erlösung bittet, zur Tödtung bestimmt wurde, der soll nicht straflos bleiben, hat aber gewiss einen ebenso grossen Milderungsumstand für sich, wie nach § 219, Abs. 2 der Todtschläger aus berechtigtem Zorn. Das deutsche Gesetz ist für den letzten Fall in § 213 mit Recht noch tiefer gegangen, und hat nebst Beleidigung noch „andere mildernde Umstände" zugelassen; die Praxis der deutschen Gerichte hat nicht gezeigt, dass dies geschadet hat — nebstbei ein Beweis, dass noch so geringe Minima unschädlich sind, sowie die Schwankungen bei § 222, 225 u. a. ein Beweis sind, wie schwer ein der Controle des Richters gänzlich entzogenes Minimum festzustellen sei.[1]

---

[1] Auch unser gegenwärtiges Gesetz hat in §§ 54, 55, 260—261, 266 StG. für leichte Verbrechen, für Vergehen und Uebertretungen das Minimum beseitigt.

§ 227 setzt Zuchthaus zwischen 2—15 Jahren; das bestehende Gesetz (§ 148) hatte für denselben Fall 1—5 Jahre verfügt, ohne dass eine Beschwerde bekannt geworden wäre. Warum das Minimum erhöht wird, ist daher nicht abzusehen.

In den Bestimmungen über Körperverletzungen ist die wichtigste wünschenswerte Aenderung, dass in §§ 230, 238, 241 wahlweise Haft anzudrohen ist. Die Unterabtheilung des § 232 ist, da sie nur das Minimum betrifft, nicht nötig; richtig ist nur § 233. Der Fall des § 235 ist vom Ausschuss in seltsamer Weise beseitigt worden; man hat aus dem Minimum des § 234 von 1 Jahre, und aus dem des § 235 von 3 Monaten den Durchschnitt gezogen und ein allgemeines Minimum von 6 Monaten aufgestellt. Aber wenn das Gesetz bei Tödtungsabsicht in dem Falle des § 219, Abs. 2 bis auf 1 Jahr, das deutsche Strafgesetz sogar bis auf 6 Monate herabgeht, wie mag man dort, wo lediglich einfache Körperverletzung mit unglücklichem Ausgang vorliegt, 6 Monate als bedingungsloses Minimum aufstellen? Ich schlage vor, sowohl in § 233 als § 234 einzurücken: „ausser dem Falle des § 219, Abs. 2;“ d. h. für diesen Fall die Vorschrift des § 231 eintreten zu lassen.

In § 236 ist man wieder an der Frage vorbeigegangen, ob es für diese Handlung eine Anstiftung gibt. Die besondere Bestimmung hierüber rechtfertigt sich dadurch, dass den Betheiligten hier eine Pauschalstrafe auferlegt wird, weil der Beweis der Verletzung bei dem Einzelnen versagt. Der Anstifter der Schlägerei ist nach der Absicht, welche ihn geleitet hat, zu behandeln; also wenn er den Tod herbeiführen wollte, als Urheber eines Mordes; wenn eine schwere Körperverletzung, als Urheber einer nach §§ 231—233 strafbaren That. Auch hier rächt sich die Weglassung einer dem § 50 des deutschen Strafgesetzes entsprechenden Bestimmung im Entwurfe.

III. V. gegen die persönliche Freiheit, Raub und Erpressung (Hauptstücke XVI—XVII, § 242—256).

In dem XVI. Hauptstück wird der Gewalt immer wieder die Drohung an die Seite gestellt, ohne dass die Eigenschaft der Gefährlichkeit, d. h. der objectiven Eignung zur Erregung von Furcht betont wird. Im deutschen Gesetz, welches vom Entwurf copirt wird, war dies nicht nötig; denn wenn die Drohung Erfolg gehabt hat, so war sie hiezu auch geeignet. Nach dem Entwurfe aber ist der Versuch strafbar, und hier ist es notwendig auszusprechen, dass die Alteweiberfurcht nicht genüge, und dass, wenn auch mit individualisiertem Maassstab (vgl. § 98 StG.), eine mittlere Widerstandsfähigkeit des Bedrohten angenommen werden müsse. Die Einschränkung des § 249 ist überall zu verlangen; anstatt des Wortes: Besorgnis wäre jedoch Furcht zu setzen.

Die Copiatur des deutschen Gesetzes zeigt sich in den §§ 244 bis 245 auch in den Worten: „zur Unzucht, zur Ehe bringen“.

Die Redensart ist bei uns ungewohnt; „in einer auf Unzucht oder Ehe gerichteten Absicht“ textirt § 96 des StG.

Für §§ 248 und 249 gilt schon Gesagtes. „Zufügung von Nachtheilen“ ist ein zu weiter, „Besorgnis“ ein zu gelinder Begriff; die Nachtheile müssen gross, erheblich grösser, als die abzunötigende Handlung sein; ihre Androhung muss im Stande sein, mittlere Widerstandskraft zu brechen. Wenn gar die Bedrohung ohne weitern Zweck geschieht, dann verlangte § 99 StG. mit allem Recht gegründete „Furcht und Unruhe“; und dieEntscheidungen v. 21. Juni 1880, Z. 4367, Samml. Nr. 260 und v. 21. Mai 1885, Z. 3404, Samml. Nr. 790 erklärten: „Nicht Alles was zur Erregung gegründeter Besorgnis geeignet erscheint, ist auch geeignet, in Furcht und Unruhe zu versetzen; hiezu wird das Bevorstehen erheblicher Nachtheile erfordert; Furcht ist erst dann vorhanden, wenn die Vorstellung von dem Herannahen des angedrohten Uebels die Gedanken des Bedrohten beherrscht und seine ganze Aufmerksamkeit nach diesem einen Uebel hinrichtet.“

Warum man die einheimische Erfahrung und Uebung so ganz aus dem Bereich seines Nachdenkens liess! Das deutsche Gesetz hatte sich in § 241 auf Bestrafung der Androhung eines Verbrechens beschränkt; der Entwurf ersetzte die specielle Vorschrift durch eine allgemeinere; warum aber dann nicht Maass und Form in dem Bestehenden suchen, so weit es sich bewährt hat? § 99 ist in manchen Fällen als zu schroff, als zu wenig auf die eigenartige Mischung von Zank und Drohung im niedern Volke bedacht, gerügt worden; ihn zu erweitern, hat noch Niemand für nötig befunden.

Die Forderung einer „gefährlichen“ Drohung gilt auch für § 253; die reiche Erfahrung, welche bei Erprobung des § 98 StG. gesammelt wurde, ist unbenützt gelassen worden; austriaca sunt.

IV. Diebstahl, Unterschlagung, Begünstigung, Hehlerei (Hauptstücke XVIII—XIX, §§ 257—274).

Die Strafbestimmung für den einfachen Diebstahl (§ 260) wäre als Abs. 2 in § 257 einzusetzen; es würde dies auch im Interesse der systematischen Anordnung liegen.

Die Unordnung des § 258 ist vom Ausschusse derzeit verbessert, obwohl die Reihung 5. 4. 8. 1. 2. 3. 6. 7. 9. meines Erachtens richtiger gewesen wäre. Was die Bestimmung im Ausschussantrag: „wenn der Wert der Sache 100 fl. übersteigt; ferner: „wenn der Wert der Sache 10 fl. übersteigt“ — für Sinn haben soll, weiss ich nicht; der Wert von 10 fl. ist jedenfalls viel zu niedrig, um einen Qualificationsgrund zu bilden. Dies gilt selbst für dessen Anwendung in § 259. Man verzichte entweder auf einen Betrag oder man nehme einen solchen, der im Volke als *erheblich* gilt.

Auch der § 261 ist mir nicht verständlich. Wenn auf das Doppelte der bisher auferlegten Strafe gegangen werden *kann* (nicht *muss*) und wenn auf nicht mehr als 10jähriges Zuchthaus

erkannt werden darf, so ist die Wiederholung lediglich ein Grund, um die Handlung ohne weiteren Erschwerungsumstand der Strafsatzung des § 259 zu unterstellen („Zuchthaus bis zu 10 Jahren"). Das deutsche Gesetz hatte einen besonderen Strafsatz gebildet, welchen man mit Recht aufgelassen hat. Denn man darf nicht vergessen, dass, so lange die Anstalten für entlassene Sträflinge so dürftig, die polizeilichen Hindernisse für ihr Fortkommen, für ihren Aufenthalt an einem Orte, wo sie Erwerb suchen und finden können, so gross sind — von Wiederholungen allein auf verbrecherische Gewohnheit nicht geschlossen werden darf. Es ist bekannt, dass jeder strenge Winter, jede Theuerung oder Arbeitsnot die Gefängnisse mit Dieben und Erpressern füllt. Wer aber aus Hunger gestohlen hat, und, entlassen, wieder nur aus Hunger stiehlt, ist noch kein Gewohnheitsdieb. Man lasse also den § 261 weg und füge in § 259 zu: „Dasselbe gilt, wenn der Schuldige bereits wegen Diebstahl, Raub, räuberischer Erpressung oder Hehlerei im Inlande wiederholt bestraft worden war, seit der Verbüssung oder Erlassung der letzten Strafe noch nicht fünf Jahre verflossen sind und hieraus verbrecherische Gewohnheit zu schliessen ist."

Ganz mangelhaft ist § 267 E., was um so mehr auffällt, als, wie schon öfter bemerkt, eine dem § 50 des deutschen Gesetzes entsprechende Bestimmung fehlt. Was gilt für die Theilnehmer? ist für sie gleichfalls Zuchthausstrafe ausgeschlossen? Ich glaube, man sollte hier unterscheiden, ob der Theilnehmer aus Eigennutz die That unterstützt hat oder lediglich den, wenn auch widerrechtlichen Vortheil des Familiendiebs im Auge hatte. Im letzteren Fall mag man auch bei ihm mit der Idee rechnen, dass er den Dieb als theilweisen Mitbesitzer betrachtete; im ersten ist er gemeiner Verbrecher. Der Zusatz für diesen Fall wird um so nötiger, wenn man, wie ich für billig halte, auf den Familiendiebstahl wahlweise auch Haft verhängt. Der Schlussatz des § 267 könnte lauten: „Bei mildernden Umständen ist Haft oder entsprechende Geldstrafe zu verhängen; Zuchthausstrafe ist ausgeschlossen. Diese Begünstigungen finden aber nicht auf Theilnehmer Anwendung, welche von der Absicht geleitet wurden, sich oder einem Anderen als dem Thäter einen widerrechtlichen Vortheil zu verschaffen."

In § 268 sind die „nahestehenden Personen" mehr eingeschränkt als sonst. Ich sehe keinen Grund hiefür ein. Auch die Begünstigung des Verlobten, um ihn straffrei zu machen, sollte nicht gestraft werden, ebenso die des Mündels und Curanden. Hat man den Begriff der nahestehenden Person gefasst und für richtig befunden, so bleibe man dabei, sowie das deutsche Gesetz bei seinen „Angehörigen". Richtig ist es, dass man die Straflosigkeit für den Fall ausschliesst, als die Absicht nicht darauf geht, die nahestehende Person der Bestrafung zu entziehen, sondern Vor-

theile aus der verübten That zu ziehen; nur möchte ich glauben, dass man anstatt „Vortheile“ sagen sollte: „Vermögensvortheile“ und dass man die schärfere Bestrafung sowohl, als den Ausschluss der Straflosigkeit bei Begünstigung nahestehender Personen auf den Fall beschränkt, dass der Begünstiger selbst Vortheil ziehen will. Auch das deutsche Gesetz hält diesen, d. h. den Unterschied zwischen Begünstigung aus Wohlwollen oder Eigennutz für den maassgebenden.

Zur Annahme von Hehlerei muss Begünstigung im Sinne des § 269: „um die Vortheile aus der verübten That zu sichern,“ vorliegen; wer gegen Belohnung den Dieb lediglich der Bestrafung zu entziehen sucht, ist nur Begünstiger, nicht Hehler. Das ist ebenso sprachgemäss als bei uns eingebürgert und § 272, Abs. 2, wäre darnach zu berichtigen. Dass in § 272 500 fl. einmal 5 Jahren, wenige Zeilen darnach 6 Monaten Gefängnis an die Seite gestellt werden, ist ein auffälliges Beispiel für die Willkür der gewählten Geldsummen. Die Zwischenstufe im vorletzten Satze desselben Paragraphs: „2—5, 2—10 Jahre bei besonders ausgedehntem Betrieb —,“ ist zu flüssig, um dem Richter einen Anhaltspunkt zu bieten.

In § 274 wäre § 266 zu citiren, wenn man die Bestimmung über den maassgebenden Wert einer Sache nicht in den allgemeinen Theil stellen will, da er in gleicher Weise für eine Anzahl von Delicten gilt.

V. Betrug, Untreue, Fälschung (Hauptstücke XX—XXI, §§ 275—296).

Die Strafbestimmungen für den Betrug wären richtiger zu reihen: § 279, 277, 276, 278.

In § 277 ist der Wert von 50 fl. als Qualificationsgrund gesetzt. Wenn bei Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei der Wert von 100 fl. als angemessen betrachtet wurde, so wäre es folgerichtig, ihn auch in § 277 aufzunehmen; ebenso den Betrag von 1000 fl. in § 284. Der Betrug ist kein geringeres, aber auch kein schwereres Delict als Diebstahl oder Hehlerei. § 280 wäre aus den bei § 261 genannten Gründen in ähnlicher Fassung, wie sie dort angegeben wurde, den §§ 276 und 280 in der Strafe gleichzustellen.

Höchst bedenklich ist die Erklärung der Untreue in § 289. Der einschränkende Zusatz, anstatt die Sache zu verbessern, verschlimmert sie. Denn er stellt fest, dass der Begriff des Preisgebens an sich auch auf Fälle anwendbar wäre, in welchen jemand glaubt, „dies aus Billigkeit oder anderen berücksichtigungswerten Gründen redlicherweise thun zu können.“ Es giebt also eine redliche Preisgebung anvertrauter Interessen; Preisgebung ist als ein rein objectiver Begriff, als Schädigung, Vernachlässigung aufgefasst. Der Zusatz: „insoferne dies nicht unter Umständen ge-

schieht," ladet dem Beschuldigten zugleich den Entlastungsbeweis auf. Wenn Vernachlässigung vorhanden ist, so muss er beweisen, dass er redlich handelte. Wird ein Richter die Rechtfertigung zulassen, dass bei uns der Ausfall eines Processes niemals gewiss ist und dass der oberste Gerichtshof auch dort, wo ein amtliches Retourrecepisse vorliegt, gegen gleichförmige Urtheile wegen Mangels eines gerichtsordnungsmässigen Beweises über die Zustellung abweisen kann?

Gerade in Fällen, wo der Anwalt mit dem Clienten befreundet ist und in seiner Vertretung am redlichsten handelt, ist er, weil für die Documentirung jeder einzelnen Unterredung nicht so bedacht, unter der steten Gefahr der Anklage. Er gerät mit dem Clienten in Streit und Letzterer geht zum Staatsanwalt. Alles was jetzt der Disciplinarbehörde des Anwalts anheimfällt, ist strafrechtlich geworden.

Man kann den Begriff an den des Missbrauchs der Amtsgewalt anlehnen, denn der letztere ist nur ein besonderer Fall der Untreue, welcher wegen der besonderen Eigenschaft des Thäters früher hervortrat und schärfer geahndet wird. Nach § 392 wird. Auch an den Begriff des Betrugs kann man anknüpfen; Untreue wird derzeit ohnehin unter die arglistige Benützung fremden Irrtums gereiht. Man könnte also textieren:

„Wegen Untreue wird ... bestraft, wer die ihm durch Gesetz, Amt oder Vertrag anvertraute Obsorge über die Person oder über Vermögensrechte eines Anderen[1] missbraucht, um diesem Schaden zuzufügen."

Das Wort „missbraucht" schliesst eine redliche, wenn auch absichtliche Handlung, mit welcher eine Schädigung des Curanden verbunden ist, aus; andererseits umfasst der Begriff Handlungen, welche nicht die unmittelbar anvertrauten Rechte preisgeben, sondern die anvertraute Macht dazu missbrauchen, den Schützling in anderen Rechten zu schädigen, z. B. die anvertraute Hälfte des Vermögens, um die zweite Hälfte zu vermindern. Man könnte auch anstatt „missbraucht" sagen: „arglistig dazu benützt" (§ 197 StG.), und würde hiedurch die grundsätzliche Gleichheit mit Betrug bezeichnen.

Die Untreue sollte nicht härter als Unterschlagung bestraft werden, daher mit Zuchthaus nur, wenn der Schade 1000 fl. übersteigt.

Die Bestimmung der Urkundenfälschung wäre einfacher wenn § 287 vorausgeschickt und gesagt würde: „Wer von einer verfälschten .... Urkunde wissentlich zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht, um sich oder einem Anderen einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu schaffen" u. s. w. Das Wort „wissentlich" ist hiebei notwendig, weil der Begriff auch Dritte trifft.

[1] Vergleiche wegen dieser Fassung § 222 bGb.

Darauf würde § 286 folgen: „Wird von der Urkunde in anderer rechtswidriger Absicht Gebrauch gemacht" etc.

In § 288, 2. Abs. muss das Wort „widerrechtlich" eingeschaltet werden. Wenn einem Gläubiger ein Wechsel in bianco gegeben und das Recht eingeräumt wird, diesen Wechsel in bestimmter Weise auszufüllen, so kann eine nachträgliche Zurückziehung dieser Vollmacht das Recht nicht aufheben; in seiner gegenwärtigen Fassung könnte aber § 288, Abs. 2 auch auf diesen Fall ausgedehnt werden.

In § 291 ist das Wort „wissentlich" einzuschalten; denn man kann auch mit einer echten Urkunde täuschen, wie der Begriff des Betrugs bestätigt. In Ziffer 1 wäre einzuschalten: „(eine) erhebliche (Thatsache)".

In § 293, 2 ist man plötzlich von der Idee des § 286 wieder abgekommen. Man scheint bei der Abschrift von § 275 des deutschen Gesetzes wieder einmal vergessen zu haben, dass das deutsche Gesetz keinen strafbaren Versuch annimmt und dass es deshalb auch in § 267 die Fälschung und nicht erst den Gebrauch der gefälschten Urkunde als Verbrechen hinstellt. In Consequenz des § 286 sollte § 293, Abs. 2 entfallen; die Anfertigung, Anschaffung und Verschaffung von Falsificaten begründet Versuch und Theilnahme am Vergehen.

Den Schlussatz von § 293 halte ich für bedenklich. Wenn Bescheinigungen anderer Art gleichgestellt werden sollen, soll es im Gesetzeswege geschehen, nicht durch blosse Verordnung. Jedenfalls wäre das Wörtchen „solche" durch eine bestimmtere Bezeichnung, z. B. „mit Freimarkenstempel versehene", zu ersetzen.

§§ 295—296 enthalten keine Urkundenfälschung und gehören nicht in das Hauptstück. Sie könnten aber überhaupt entfallen. Wenn der Arzt ein Krankheitszeugnis ausstellt, damit ein leichtsinniger Junge, der die Schule geschwänzt hat, keine schlechte Sittenclasse erhalte: so fällt seine That unter § 425. Soll durch sie eine Versicherungsbehörde irregeführt und beschädigt werden, so ist sie Betrug.

VI. Bankerott (Hauptstück XXII, §§ 297—305).

Die kaufmännischen Delicte verlangen eine besonders genaue Fassung: denn das Denken des Richters ist anders geartet als das des Kaufmanns. Ein Beweis mag in der Entscheidung des Cassationshofs gefunden werden: dass der von dem Cridatar ohne Concurseröffnung getroffene Privatausgleich mit den Gläubigern selbst eine strafbare Handlung sei, die Zahlungen infolge des Ausgleichs eine Fortsetzung derselben, und dass deshalb die Frist zur Verjährung der fahrlässigen Crida von dem Momente der letzten gezahlten Ausgleichsrate zu rechnen sei. Die Statistik weist bei Privatausgleichen eine durchschnittliche Quote von 30—35 %, bei Concursen von 12—15 % aus; die Kaufmannswelt wählt, wenn sie

nicht Betrug vermutet, immer den Privatausgleich — und der Cassationshof erklärt ihn als strafbare That, weil nicht die volle Gleichheit der einzelnen Quoten controllirt werden kann!

Deshalb sind die, in offenem Gegensatz zum deutschen Gesetz gewählten unbestimmten Fassungen in dem XXII. und XXIII. Hauptstück durchaus zu verwerfen. Es ist weit besser, dass manchmal ein Mann, welchen man wegen betrügerischen Bankerotts verurtheilen möchte, blos des fahrlässigen Bankerotts schuldig erkannt werden kann, als dass ein weites, viel zu wenig durch eigene, ähnliche Erfahrung geschultes richterliches Ermessen die Entscheidung zu fällen hat.

Dies gilt zunächst von § 298.

§ 199 f StG. hat Verschwendung, ränkevolle Creditverlängerung, Aufstellung erdichteter Gläubiger, betrügliches Einverständnis oder Verhehlung eines Theils der Masse als Gründe zur Annahme betrügerischer Crida angeführt und die Entscheidung des Cassationshofs v. 11. November 1885, Z. 14320, Nr. 841 Sammlg. erklärt diese Aufzählung für taxativ. Ebenso zählt § 281 D.G. taxativ vier Gründe des betrügerischen Bankerotts auf. Warum will man den durch die Erfahrung angewiesenen Weg verlassen und mit der Redensart: „Verschlimmerung der Lage der Gläubiger" den Unterschied zwischen betrügerischem und fahrlässigem Bankerott verwischen?

Man nehme § 281, Z. 4 mit Weglassung der blos unordentlichen Führung der Handelsbücher mit auf und textiere § 298: Wegen betrüglichen Bankerotts ist . . . . . zu bestrafen, wenn er gegenüber dem ihm bevorstehenden oder bereits eröffneten Concurse in der Absicht, sich oder Anderen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, zum Nachtheile der Gläubiger 1. . . . ., 2. . . . ., 3. die ihm gesetzlich vorgeschriebenen Handelsbücher vernichtet, verheimlicht oder verfälscht (§§ 286, 288) hat.

Die bei Z. 3 eingeschlossenen Paragraphe bezeichnen, was unter Verfälschung zu verstehen sei.

In § 299 ist die That eines Dritten angeführt, welchem man kein Einverständnis mit dem Cridatar nachweisen kann. Es sollten aber beim Bankerott auch jene Handlungen aufgezählt werden, welche zum Gehilfen an dem strafbaren Bankerott machen. Eine derartige Specialvorschrift ist insbesondere für Gläubiger notwendig. Man muss dem Gläubiger manches straflos versuchen oder erwirken lassen, was ihm der Schuldner bei Strafe nicht gewähren darf (vgl. § 362, Abs. 2). Denn der Erstere kämpft um das, was ihm gebürt und es gilt für ihn, was der römische Jurist von dem Gläubiger sagte, dem ein Anderer irrtümlich für den Schuldner gezahlt hat: repetitio nulla est ab eo qui suum recepit. Wir nehmen ihm wohl manchmal im Wege der Anfechtung auch das suum: aber er hat wenigstens ein volles Recht, zu verlangen, dass man ihm

die Grenze, bis zu welcher er ungestraft versuchen darf, zu dem Seinigen zu gelangen, genau bezeichne.

Dies bezieht sich namentlich auf § 300. Der Schuldner kann als fahrlässiger Cridatar gestraft werden, wenn er bei bevorstehendem Concurs einzelne Gläubiger begünstigt; der Gläubiger, der nur das Seinige wollte, muss straflos bleiben, wenn er nicht arglistige Mittel anwandte; genug daran, dass er durch § 5 des Anfechtungsgesetzes getroffen wird. Dies muss ausgesprochen werden; denn dadurch, dass man bei § 298 von Mitschuld schwieg und damit die allgemeinen Rechtsgrundsätze als anwendbar erklären wollte, ist der Richter auf die gleiche Auslegung bei § 300 geradezu gewiesen.

In § 301, Z. 1 ist der Ausdruck: „gewagte Geschäfte, welche zu seinem Vermögen in keinem richtigen Verhältnisse stehen", zu vieldeutig; warum bleibt man nicht bei der Bestimmung des bestehenden Gesetzes (§ 486, f.): „in keinem Verhältnisse stehen"? Das ist ein viel schärferer Begriff; er bedeutet „unverhältnismässig, übermässig" (§ 283 DG.), während der Zusatz: „richtig" den Beurtheiler anweist, genau zu rechnen und zu erwägen, ob 1000 fl. noch richtig, 1050 fl. schon nicht richtig seien.

§ 303, Abs. 2 ist nur auf den Zwangsausgleich anwendbar. Es ist eine ganz ungehörige und zugleich unverständige Moralkrämerei, wenn man dem Gläubiger verbieten will, im Privatausgleich eine grössere Quote zu verlangen. In der Kaufmannswelt sind sogar gewisse Unterscheidungen usancegemäss. Gläubiger unter 100 fl. erhalten oft volle Zahlung; erste Geschäfte, Gefälligkeitsdarlehen geben Anrecht auf besondere Berücksichtigung u. a. Im Uebrigen ist, abgesehen vom Zwangsausgleiche, jeder Gläubiger Herr seiner Forderung; der dem Schuldner gewährte Nachlass wird durch Wohlwollen, durch den eigenen nötigen Bedarf der Quote, und andere individuelle Verhältnisse bestimmt, ist aber in jedem Falle guter Wille des Gläubigers.

Was man verbieten kann, ist höchstens die unwahre Bestätigung des Gläubigers, dass er sich mit einer geringeren Quote zufriedenstelle, als welche er erhält, mit Wissen, dass der Schuldner diese Bestätigung benützen wolle, um andere Gläubiger zur Annahme der geringeren Quote zu veranlassen. Hiedurch kann unter Umständen eine Benachtheiligung anderer Gläubiger bewirkt werden, weil diese sich auf die ihnen bekannte Einsicht des Bestätigenden in die Vermögensverhältnisse des Schuldners verlassen, und zur Nachahmung seines Beispiels veranlasst werden können. § 303, Abs. 2 ist daher auf den Zwangsausgleich zu beschränken; äusserstenfalls ein weiterer Absatz aufzunehmen, dass der Gläubiger mit Gefängnis bis zu 6 Monaten, Haft oder entsprechender Geldstrafe zu bestrafen sei, welcher fälschlich bestätigt, mit einem geringeren Ausgleichsbetrage einverstanden zu sein, als er erhält, in der Absicht, andere Gläubiger

des zahlungsunfähigen Schuldners zur Annahme einer geringeren Ausgleichssumme zu bestimmen.

§ 305 ist, soweit es sich um den Concursmasseverwalter handelt, ein juristisches Räthsel. Der Masseverwalter ist doch nicht öffentlich besoldet! Verletzt er seine Pflicht, so verübt er Untreue. Will man ihm in § 305 verbieten, sich während der Masseverwaltung aus einem anderen als dem Concursvermögen einen Vortheil zuwenden, sich bestechen zu lassen? Abgesehen davon, dass die Strafe (Gefängnis bis zu 2 Jahren) strenger ist als die des § 362 für Geschenkannahme eines Beamten, müsste dies ganz anders gesagt werden; denn der Wortlaut trifft auch die dem Masseverwalter von einem Andern als dem Gericht („öffentlich") versprochenen oder gewährten Expensen. „Geschenke oder andere ihm nicht gebürende Vortheile", sagt § 362, straft aber den Beamten nur mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder 500 fl. Geld.

Für den Ausschuss der Concursgläubiger ist die Bestimmung zwar weniger räthselhaft, weil das Amt des Ausschusses unentgeltlich ist. Aber der Anwalt eines Gläubigers als Ausschuss lässt sich von seinem Clienten, in dessen Auftrag und Vertretung er die Stellung übernommen hat, seine Zeitversäumnis bezahlen; fällt er unter § 305?

(Schluss folgt.)

Eine Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft.

Zugleich ein Wort zur Reform des Rechtsstudiums.

Das Departement des Innern der Eidgenössischen Bundesregierung befasst sich seit einiger Zeit mit dem Project der Errichtung einer Eidgenössischen Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft. Die hierüber ausgearbeiteten amtlichen Denkschriften sind unlängst vom Züricher Professor Herrn Julius Wolf dem Processrechtslehrer an der Wiener Universität, Herrn Dr. Anton Menger, mit dem Wunsche zugesendet worden, dass Letzterer sich über diesen Vorschlag gutachtlich äussern möge.

In dem hierauf erstatteten und durch den Druck veröffentlichten Gutachten[1] beschränkt sich Menger auf die Beantwortung von zwei principiellen Fragen.

Die erste geht dahin, ob durch Begründung einer neuen Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft diese Disciplinen im Allgemeinen in erheblichem Maasse gefördert werden können.

Menger bejaht diese Frage rückhaltlos. Wir setzen hieher seine eigenen Ausführungen:

Wer die politischen, socialen und wissenschaftlichen Bewegungen unserer Zeit ohne Vorurtheil betrachtet, wird bald erkennen, dass sich eine neue Aufklärungsepoche zu entwickeln beginnt; wir bedürfen ihrer und wir gehen ihr entgegen. Wenn man den Abschluss der Aufklärungsepoche des achtzehnten Jahrhunderts in die späteren Jahre der französischen Revolution verlegt, so hat die vorherrschende Geltung der geschichtlichen Auffassung von Recht und Staat fast ein Jahrhundert gedauert. Diese Epoche, in welcher sich die Theorie und die Praxis darauf beschränkte, den aus alter und neuer Zeit überkommenen Gedankenschatz zu bearbeiten und nutzbar zu machen, hatte auch ihre volle geschichtliche Berechtigung, weil die hervorragendsten Schriftsteller der Aufklärung ihren Zeitgenossen unverkennbar viel zu weit vorausgeeilt waren. Man weiss, dass Rousseau die Lehre von der Volkssouveränität an Nationen richtete, deren grösster Theil in den Banden der Leibeigenschaft schmachtete, und dass Voltaire die religiöse Duldsamkeit in einer Zeit predigte, wo die grossen Volksmassen noch in dem tiefsten Aberglauben versunken waren. In unserer Zeit können nun aber die Gedanken der Aufklärungsepoche, allerdings mit den Abschwächungen und Umbildungen, welche von dem Uebergang der Idee in die Wirklichkeit unzertrennlich sind, als ein gemeinsamer Besitz aller Culturvölker betrachtet werden, und es ist nunmehr wieder Raum für eine neue Entwicklung der Menschheit vorhanden. Diese neue Aufklärungsepoche wird sich aber nicht wie die frühere fast ausschliesslich gegen den Druck der Kirche und des absoluten Staats richten, sondern sie wird vorzüglich den Druck zu mildern suchen, den

---

[1] Gutachten über die Vorschläge zur Errichtung einer Eidgenössischen Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft. Von Dr. Anton Menger. Wien, 24. September 1889.

die Staatsbürger, einzeln und in Gruppen vereinigt, untereinander ausüben; ihr wichtigstes Ziel wird eine Gestaltung von Recht und Staat sein, bei welcher sich auch die unteren Volksclassen wohlbefinden. Wir brauchen ein volkstümliches Privat- und Strafrecht, einen volkstümlichen Process, ein volkstümliches Verwaltungsrecht im Gegensatz zu dem heutigen Zustand, wo diese Rechtsgebiete fast ausschliesslich von den Anschauungen und Interessen der Besitzenden und Gebildeten beherrscht werden, und es lässt sich mit Bestimmtheit voraussagen, dass das Streben nach einer für die besitzlosen Volksclassen günstigeren Rechtsordnung, welches schon jetzt bei einigen der vorgeschrittensten Culturvölker die Grundströmung der Zeitgeschichte bildet, in nicht ferner Zeit die wichtigste Angelegenheit des Menschengeschlechts bilden wird. In dieser Richtung, namentlich in Beziehung auf die volkstümliche Umgestaltung des Privatrechts, hat die Aufklärungsepoche wenig, die historische Rechtsschule gar nichts geleistet. Auch von den bestehenden Juristenfacultäten ist für eine volkstümliche Reform des Privatrechts und der übrigen Rechtsgebiete vorläufig nicht allzuviel zu erwarten, weil dieselben überall in ihrer überwiegenden Mehrheit aus historischen Juristen bestehen und sich in dieser einseitigen Richtung fortwährend ergänzen. Hier könnte nur eine neue Hochschule für die Rechts- und Staatswissenschaft, welche von vornherein als Reformschule gedacht ist, und deren Lehrkräfte auch von diesem Standpunkte aus gewählt werden, in die sociale Entwicklung der Culturnationen wirksam eingreifen.

Die zweite Frage, über die sich Menger äussert, betrifft die Abweichungen des vorgeschlagenen Lehrplans von dem an deutschen Juristenfacultäten üblichen Studiengange. Als die wichtigste derselben bezeichnet M. jene, wornach die Vorträge über das geltende Privatrecht den historischen Rechtsdisciplinen vorangehen sollen, während auf den deutschen Universitäten überall zuerst das geschichtliche und erst dann das geltende Recht vorgetragen wird.

Auch mit diesen Abweichungen erklärt sich M. einverstanden. Er bezeichnet es als einen nur aus historischen Gründen zu erklärenden Uebelstand, „dass den Studierenden auf den deutschen Universitäten zunächst die fremdartigen Rechtsgebilde entfernter Epochen in grösserer Ausführlichkeit dargestellt werden und dass sich erst an diese Darstellung ziemlich knapp gehaltene Vorträge über das geltende Landesrecht anreihen“, und fährt dann fort:

Ich denke mir also den Lehrplan einer modernen Rechtsschule so, dass zunächst das geltende Landesrecht in seinen verschiedenen Gebieten ausführlich und gründlich vorgetragen wird und dass die Darstellung der historischen Rechtsdisciplinen den Abschluss des juristischen Studiums bildet. Schon dieser letztere Umstand würde für sich allein die Wirkung haben, dass die historischen Vorlesungen nicht den Umfang überschreiten, der unerlässlich ist, um den Studierenden einen gründlichen Einblick in den Gang der geschichtlichen Rechtsentwicklung zu gewähren.

Die heutigen Juristenfacultäten beschränken sich im Wesentlichen darauf, dem angehenden Juristen die Gegenwart und die Vergangenheit des Rechts zu vermitteln. Eine vollständige Beherrschung des Rechtsstoffs wird aber der Studierende nur dann erlangen, wenn ihm in den akademischen Vorträgen nicht blos die Geschichte und die Dogmatik des Rechts, sondern auch sein Zusammenhang mit den zu jeder Zeit herrschenden Cultur- und Machtverhältnissen erschlossen wird. Die historische Rechtsschule, welche diesen Zusammenhang als Grundlage ihrer Auffassung von Recht und Staat betrachtet, hätte vor Allem die Aufgabe gehabt, in dieser Richtung bahnbrechend zu wirken; aber jeder Kundige weiss, wie wenig sie dieser ihr durch die Natur der Sache gestellten Aufgabe entsprochen hat. Eine Disciplin, welche nicht blos das „Was“, sondern das „Warum“ der wechselnden Rechtsformen darlegt und die zugleich der richtigste Ort für eine

umfassende Kritik des geltenden Rechtssystems wäre, ist den akademischen Vorträgen erst einzufügen.

Diese Disciplin, welche man mit den beiden amtlichen Denkschriften als sociale Ethik und Sociologie oder als Socialwissenschaft oder auch als Rechtsphilosophie bezeichnen kann, hätte mit den Vorträgen über das geltende Landesrecht parallel zu laufen und neben den Vorlesungen über die Nationalökonomie gleichsam das sociale Fundament derselben zu liefern. Nur müsste das socialwissenschaftliche Collegium die geschichtlich gegebenen Rechtssysteme nicht blos als ein Product des jeweiligen Culturzustandes, sondern noch mehr als Ausdruck und Ausfluss der bestehenden gesellschaftlichen Machtverhältnisse auffassen, weil in jedem Rechtssystem überaus zahlreiche Rechtsinstitute, die mit dem Culturzustand der Nation im entschiedensten Widerspruche stehen, doch wegen der Fortdauer der entsprechenden Machtverhältnisse ihr Dasein behaupten. Wenn das socialwissenschaftliche Collegium seiner wichtigen Aufgabe einigermaassen gerecht werden soll, so müsste es einen beträchtlichen Umfang haben und vielleicht nach den verschiedenen Rechtsgebieten (Privatrecht, Strafrecht, Staatsrecht etc.) in Specialcollegien getheilt werden.

Soweit M. Man wird seinen Ausführungen, die, wie immer, ebenso edel in der Form als reich im Inhalte sind, um so aufrichtigere Bewunderung zollen, als es von Seite des Mitglieds einer Juristenfacultät und eines Angehörigen der deutschen Rechtsgelehrtenzunft eines nicht geringen Grads von Mut bedarf, um Wahrheiten von solchem Gewichte öffentlich auszusprechen, wie sie M. unerschrocken ausspricht. Indessen will uns scheinen, dass M. hier weder in dem ersten noch in dem zweiten Punkte das Richtige getroffen habe.

M. denkt sich die Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft von vornherein als eine Reformschule und erwartet von ihr eine „volkstümliche Umgestaltung des Privatrechts“, ein wirksames Eingreifen „in die sociale Entwicklung der Culturnationen“, eine Förderung des Strebens „nach einer für die besitzlosen Volksclassen günstigeren Rechtsordnung.“ Ja, wie soll eine Rechtsschule eine solche Aufgabe in die Hand nehmen? Eine Reform des Rechts, sei es nach dieser oder nach einer anderen Richtung, kann doch unmöglich von einer Unterrichtsanstalt, von einer Stätte der Wissenschaftspflege ausgehen. Man mag sich die Lehre noch so frei denken, die Grenzen der Wissenschaft noch so weit abstecken — für eine Reformthätigkeit auf dem Gebiete des Rechts, für eine Umgestaltung der Rechtsordnung zu Gunsten der besitzlosen Volksclassen ist hier schlechterdings kein Raum. Soll den die Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft etwas anderes als Rechts- und Staatswissenschaft lehren? Die Wissenschaft aber als solche hat es nur zu thun und kann es nur zu thun haben mit dem Gewordenen und dem Gegebenen; die Rechts- und Staatswissenschaft insbesondere kann uns nur den Werdegang des Rechts und des Staats aufdecken und den Inhalt der gegebenen Gesellschafts- und Rechtsordnung entwickeln; auf eine Umarbeitung derselben hinzuarbeiten ist nicht ihre Sache, sondern ist Sache des Volkes selbst und vornehmlich Jener, welche die „Klinke der Gesetzgebung“ und die Macht in Händen haben.

Die Schule kann nur Wissen mittheilen, die Erkenntnismethode vervollkommnen, die Anschauungen läutern, das Denkvermögen schärfen und entwickeln, die Denkthätigkeit anregen. Sie kann daher, indem sie der Anschauung entgegentritt, als wenn die gegebene Rechtsordnung die Rechtsordnung κατ' ἐξοχήν wäre, und eine geläutertere Erkenntnis von Recht und Gerechtigkeit verbreitet, allerdings auch der Reform des Rechts in gewissem Sinne vorarbeiten. In diesen kritischen Theil der Lehre aber den Schwerpunkt der Rechtsschule zu verlegen, scheint uns ganz unmöglich und nur in völliger Verkennung der Aufgabe der letzteren denkbar zu sein. Uebrigens ist die Kritik des bestehenden Rechts und die Förderung socialistischer Theorien den deutschen Universitäten keineswegs fremd; ist doch Deutschland die Heimat des Geschlechts der Kathedersocialisten. Von dem Projecte einer Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft, welche als Reformschule ins Leben treten und auf eine Umgestaltung des Privatrechts im socialistischen Sinne hinarbeiten soll, kann man sonach in Anwendung des bekannten Lessing'schen Worts sagen, es enthalte viel Gutes und Neues, nur sei das Gute nicht neu und das Neue nicht gut.

Auch mit dem anderen Gedanken M.'s, der in der Umkehrung der Reihenfolge der historischen und der positiven Fächer gipfelt, vermögen wir uns nicht zu befreunden. Was ist denn der Zweck der historischen Rechtsdisciplinen? Doch offenbar nur, die Erkenntnis des Seienden durch den Einblick in dessen Werden oder in dessen Entwicklungsprocess zu vertiefen. Wie soll aber dieser Zweck erreicht werden, wenn zuerst das geltende Landesrecht dargestellt werden und die historische Vorlesung den Abschluss des Studiums bilden soll? Eher würden wir die Forderung begreifen, dass die Geschichte mit der Dogmatik des Rechts vereinigt, dass bei der Darstellung jedes Instituts des geltenden Rechts zugleich dessen geschichtliche Entwicklung vorgeführt werde. Aber dass die historischen Vorlesungen der Darstellung des geltenden Rechts nachfolgen, scheint uns nicht nur zweckwidrig, sondern auch didaktisch verfehlt zu sein, ist es doch eine unläugbare Thatsache, dass der Jurist, nachdem er sich die positiven Fächer zu eigen gemacht, den historischen nur ein geringes Interesse entgegenbringt und, sofern er sich diesen hingibt, über denselben die dogmatischen nur zu leicht vergisst.

Dass in der Schule das geschichtliche Recht nicht das geltende überwuchere, ist gewiss eine sehr berechtigte Forderung. Aber dieser Forderung lässt sich durch eine Einschränkung und bessere Einrichtung der geschichtlichen Vorlesungen Rechnung tragen. Von einer Umkehrung des natürlichen Studiengangs, der doch vom Gewesenen zum Seienden vorschreitet, vermögen wir kein Heil abzusehen.

Können wir nun aber auch in dem, was M. von der zu errichtenden Rechtsschule erwartet, eine raison d'être für eine solche nicht erblicken, so scheint uns doch der Gedanke der Errichtung einer selbständigen, von der universitas litterarum losgelösten Rechts-

schule unter einem anderen Gesichtspunkte ein recht praktischer zu sein. Vielleicht lässt sich durch dessen Verwirklichung eine heilsame Reform des Rechtsstudiums und der Rechtspflege ins Werk setzen.

In der Rechtspflege unterscheiden wir zwei wesentlich verschiedene Arten der Berufsthätigkeit: die Rechts verwaltung und die Rechtsprechung. In der einen überwiegt mehr die materiell-technische, in der anderen mehr die geistig-wissenschaftliche Arbeit. Jene erfordert mehr Routine und Kunstfertigkeit, diese mehr Wissen und Denkfertigkeit. Wir brauchen, um diesen Unterschied klar zu machen, nur der Thätigkeit des Richters in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in der Processinstruction und im Vollzugsverfahren die Urtheilsschöpfung in Civil- und Strafsachen, der Polizei die Verwaltungsrechtspflege, dem sog. currenten Geschäfte des Advocaten seine Mitwirkung an der Rechtsfindung gegenüberzustellen. Heute sind diese beiden Arten der Rechtspflege vereinigt und der Richter, der Verwaltungsbeamte und der Advocat müssen, sollen sie auf der Höhe ihrer Aufgabe stehen, ebensowohl Routiniers wie wissenschaftlich gebildete Juristen sein. Oft aber vertragen sich Routinier und Jurist schlecht miteinander, denn nicht in eines Jeden Brust können beide Seelen zugleich wohnen; ein geschickter Geschäftsmann ist gar oft ein schlechter Jurist und umgekehrt. Im Nachtheil befinden sich dann, wie männiglich bekannt, stets der Jurist und — die Rechtspflege.

Dem könnte nun vorgebeugt werden, wenn die Rechtsverwaltung von der Rechtsprechung vollständig getrennt und für jene andere Functionäre als für diese bestellt würden, wenn der Richter, der höhere Verwaltungsbeamte, der Advocat von allen materiell-technischen Geschäften entlastet und diese auf eine eigene Classe von besonders dazu herangebildeten Beamten und Geschäftsführern übertragen würden.[2]

Und da stossen wir auch auf den Punkt, wo unseres Erachtens die Reform des Rechtsstudiums einsetzen soll. Für Jene, welche mehr Neigung und Talent zu den Verwaltungsgeschäften der Rechtspflege besitzen, genügen ein dreijähriges Studium des geltenden Landesrechts und ein paar Jahre Praxis vollkommen, um sie zu tüchtigen Geschäftsbeamten auszubilden. Für sie schaffe man selbständige Rechtsschulen, an welchen blos das geltende Recht gelehrt und in die Einrichtungen der Rechtsverwaltung eingeführt wird. An die Bildung derjenigen aber, welche den edleren Theil der Rechtspflege erwählen, sind die strengsten Anforderungen zu stellen. Sie sollen nicht blos das Recht ihres Landes und ihrer Zeit kennen; ihr Wissen soll auch das geschichtliche Recht und das Recht aller Culturnationen umfassen. Ihre Schule muss mit der universitas litterarum in Verbindung bleiben, denn ihnen muss man die Möglichkeit bieten, sich die volle Bildung ihrer Zeit anzueignen.

Leo Geller.

[2] Ueber die Notwendigkeit der Trennung insbesondere der Procuratur von der Rechtsanwaltschaft vgl. die trefflichen Ausführungen von Prischl Advocatur und Anwaltschaft S. 147 ff.

Systematische Uebersicht über die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einzelnen Rechtsmaterien.

Zusammengestellt von Dr. Hermann Jolles.

VI.

Beschränkungen der Handlungsfähigkeit.

(Fortsetzung.)*

f) Beweis der Minderjährigkeit.

51. Durch das Zeugnis eines Bürgermeisters wird der Beweis der Minderjährigkeit eines Wechselschuldners nicht hergestellt (8. März 1865, PJ. 338).

52. Die erhobene Einwendung der Minderjährigkeit des Wechselschuldners ist von amtswegen zu untersuchen (8. Febr. 1866, PJ. 397).

B. Entmündigung.

1. Von Geisteskranken.

a) Geschäftsfähigkeit.

53. Da nach §§ 187 und 282 bGb. Pupillen und Curanden in ihren Rechten und Pflichten und in der Führung ihrer Geschäfte einander gesetzlich gleichstehen, so muss die Bestimmung des § 247 ibid., nach welcher ein Pupill (nach zurückgelegtem 20. Lebensjahr) mit dem seiner Verwaltung anvertrauten Betrag seiner Einkünfte eigenmächtig sich verbinden kann, auch für den Curanden gelten. Es kann sich demnach ein Wahnsinniger bezüglich der ihm von der Curatel für seinen Unterhalt zur freien Verfügung gegebenen monatlichen Bezüge verpflichten (27. Febr. 1879/7353).

b) Eidesfähigkeit.

54. Die Auftragung des Haupteides setzt notwendigerweise die Eidesfähigkeit derjenigen Person voraus, welcher derselbe zugeschoben wird. Denn soll die Ueberzeugung über die Richtigkeit einer Thatsache, welche der wesentliche Zweck eines Beweises ist, begründet werden, so muss der Delat imstande sein, die Thatsache der Wahrheit nach anzugeben und solche auch zu beschwören, was sich aber von einem Irrsinnigen offenbar nicht sagen lässt (2. April 1856/182).

55. Der Haupteid kann auch einem Geisteskranken aufgetragen werden, da in dem Zustande desselben eine zur Besserung sich neigende Aenderung eintreten kann und das Hfd. v. 27. März 1841 (JGS. 518) diesen Haupteid unter Beobachtung der vorgezeichneten Vorschriften zulässt (11. Jan. 1859/704).

56. Die Eidesdelation an einen Wahnsinnigen ist zulässig, da es im Sinne des § 203 aGO. (§ 275 wGO.) und des Hfd. v. 31. Oct. 1785 (JGS. 489) keinen Unterschied macht, dass der Delat den Haupteid nicht annehmen und ablegen kann, in welchem Falle ihm nach § 205 aGO. (§ 277 wGO.) nur zusteht, den Eid zurückzuschieben, und da es sich zur Zeit der Eidesauftragung noch nicht bestimmen lässt, ob der Delat zur Zeit, als der Eid anzutreten sein wird, sich noch in einem Geisteszustand befinden werde, welcher die Leistung des Eides unzulässig macht (9. Oct. 1861/1397).

---

* S. oben S. 614 und die Bemerkung oben S. 24.

57. Einem Blödsinnigen kann der Haupteid aufgetragen werden, weil der Blödsinn als ein Zufall, der sich in der Person des Delaten ereignet hat, der Gegenpartei nicht nachtheilig sein und weil der Curator des Blödsinnigen den Eid zurückschieben kann (8. April 1861/3368).

58. Der Haupteid kann nur Personen aufgetragen werden, welche die Fähigkeit zur Eidesleistung besitzen, d. i. sich in einem Zustande befinden, in welchem die Beweggründe zur Wahrhaftigkeit ihren natürlichen, unbeschränkten Einfluss zu äussern vermögen. Bei Blödsinnigen, denen das Vermögen, ihre Handlungen einzusehen, mangelt (§ 21 bGb.), ist jener Zustand nicht vorauszusetzen; dieselben werden Unmündigen gleichgeachtet, denen die Eidesfähigkeit im Hfd. v. 31. Aug. 1798 (JGS. 430) abgesprochen wird (15. März 1879/6414).

59. Kein Gesetz spricht direct aus, dass einem Geisteskranken ein Haupteid nicht aufgetragen werden kann; es lässt sich dies auch nicht aus den gesetzlichen Bestimmungen durch Schlussfolgerungen ableiten, und die Anwendung des Hfd. v. 31. Aug. 1798 (JGS. 430) per analogiam ist unzulässig, weil es eine Ausnahmsbestimmung enthält. Der Geisteskranke ist allerdings eidesunfähig; allein die Geisteskrankheit ist ein Unglück, ein Zufall, der die Person des Kranken trifft, daher nach § 1311 bGb. von diesem allein getragen werden muss und den Processgegner des ihm in § 203 aGO. (§ 275 wGO.) eingeräumten Rechts, einen Beweis durch den Haupteid zu führen, um so minder verlustig machen kann, als es ja nicht unmöglich ist, dass die Geisteskrankheit behoben wird und dem gesetzlichen Vertreter des Geisteskranken auch freisteht, den Haupteid zurückzuschieben, wodurch sein Curand unter dem erwähnten Zufall weniger zu leiden hat, als sein Gegner, der eines gesetzlichen, ja vielleicht des ihm zu Gebote stehenden einzigen Beweismittels beraubt wäre (4. Mai 1880/7960).

2. Von Verschwendern.

a) Geschäftsfähigkeit.

60. Ein wegen Verschwendung unter Curatel Gestellter kann wohl nicht auf Erfüllung der ohne listige Vorspiegelung seiner Handlungsfähigkeit eingegangenen Geschäftsobligation, aber auf Rückstellung dessen, was er durch das Geschäft erhalten hat, in unversehrtem Zustande und, falls solches nicht mehr vorhanden oder abgenützt sein sollte, auf Ersatz des hiedurch verursachten Schadens belangt werden (12. Sept. 1861, 12. Febr. 1868, 15. Febr. 1870/1386. 2991. 3713; 20. Dec. 1887, C. VI 195).

61. Insbesondere auch auf Rückstellung der ihm geliehenen Sachen oder falls er solche veräussert hätte, auf Zahlung ihres Werts (6. Mai 1857, GZ. 124).

62. In der Contrahierung von Geschäftsschulden durch einen unter Curatel gestellten Verschwender unter Verschweigung der Curatelsverhängung liegt eine Irreführung, welche derselbe zu verantworten hat (15. Febr. 1870, 1. Febr. 1872/3713. 4466).

63. Der unter Curatel gestellte Verschwender, welcher unter Verschweigung der Curatelsverhängung Jemanden verleitet, sich mit ihm in eine Geschäftsverbindung einzulassen, ist ersatzpflichtig, sobald nicht nachgewiesen wird, dass der Compaciscent an der Eigenberechtigung des Verschwenders hätte zweifeln müssen (1. Febr. 1872/4466).

64. Der der Darlehensschuld eines gerichtlich erklärten Verschwenders beitretende Bürge und Zahler kann sich der Zahlung der Schuld nicht entschlagen, da nach § 1352 bGb. derjenige, welcher sich für eine Person verbürgt, welche vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft keine Verpflichtung übernehmen kann, auch dann, wenn ihm diese Eigenschaft unbekannt war, gleich einem ungetheilten Mitschuldner verpflichtet ist (26. Nov. 1879/8704).

65. Hat der Curand, über dessen Anlangen die über ihn verhängte Vermögenscuratel von den Untergerichten aufgehoben worden ist, auf Grund dieser conformen untergerichtlichen Entscheidungen vermögensrechtliche Handlungen gesetzt, so kann denselben, sobald dem a. o. Recurse des Curators gegen die Curatelsaufhebung stattgegeben wird, eine Rechtswirksamkeit nicht beigelegt werden, da die letzte endgiltige Entscheidung in ihrer Wirkung auf den Zeit-

punkt der vom Gerichte erster Instanz getroffenen Verfügung zurückgeführt werden muss (17. Juni 1869/3449).

b) Processfähigkeit.

66. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann an sich nicht als eidesunfähig erkannt werden (14. Febr. 1878/6840).

67. Der Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung unter Androhung der Haft im Sinne des § 3 des Ges. v. 16. März 1884 (RGB. 35) kann auch an einen unter Curatel gesetzten Verschwender erlassen werden (25. Aug. 1887, C. VI 17).

3. Andere Fälle der Curatel.

68. Derjenige, welcher blos wegen Unfähigkeit zur Besorgung seiner Angelegenheiten nach § 21 bGb. unter Curatel gestellt wurde, ist testierfähig (21. Juli 1857/419).

69. Von dem Prodigus zu unterscheiden ist derjenige, über welchen nach § 173 bGb. die Vormundschaft verlängert wurde. Dieser kann über sein ganzes Vermögen testieren (26. Mai 1858/575).

70. Auch der unter verlängerter Vormundschaft stehende Volljährige ist, sobald er bei Abschluss von Rechtsgeschäften seine Eigenberechtigung vorgiebt, nach § 248 bGb. haftbar (12. Febr. 1868/2991).

71. Ist die Vormundschaft über einen Minderjährigen verlängert, diese Verlängerung durch die Amtszeitung kundgemacht worden, die grundbücherliche Anmerkung der Verlängerung bei dem Hause des Minderjährigen, bei welchem dessen Minderjährigkeit angemerkt war, jedoch unterblieben, so muss die nach erlangter Grossjährigkeit des Curanden von einem Gläubiger desselben erwirkte Löschung der Anmerkung der Minderjährigkeit und die Eintragung des Pfandrechts für eine Forderung desselben auf Anlangen des Vormundes gelöscht werden (13. Aug. 1872/4684).

C. Crida.

72. Durch die im Auslande erfolgte Concursverhängung über einen Cridar der in Oesterreich bewegliches Vermögen besitzt, wird seine Handlungsfähigkeit, hierlands nicht beschränkt, insolange nicht die ausländische Concursinstanz um Ausfolgung dieses Mobiliarvermögens angesucht hat (11. Juni 1884/10071).

73. Der Cridar ist unfähig, einen Process zu führen; eine von ihm angestellte Klage ist a limine abzuweisen (11. Dec. 1884/10293).

74. Im Liquidierungsprocesse kann der Eid auch dem in dem Process nicht intervenierenden Cridar aufgetragen werden. Das Hfd. v. 19. April 1841 (Geller Justizges. [3. Aufl.] IV Nr. **300**) ist durch die ConcO. nicht aufgehoben worden (26. Juni 1872, 7. Nov. 1876/4640. 6273).

75. Zur Erklärung des Concursmasse-Verwalters über Annahme oder Rückschiebung des dem Cridar aufgetragenen Haupteids bedarf es eines Beschlusses des Gläubigerausschusses (26. Mai 1880/8751).

76. Der Verwendung eines in Concurs verfallenen Civilingenieurs als Sachverständiger steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen (13. Juni 1882/9014).

D. Militärpersonen.

a) Handlungsfähigkeit im Allgemeinen.

77. Im Hfd. v. 25. Juni 1795 (JGS. 237) ist es wohl untersagt, Militaristen vom Feldwebel abwärts ihr Vermögen ohne Consens der betreffenden Militärbehörde auszuzahlen, und derjenige, welcher diesem Verbote entgegenhandelt, ist unter Umständen mit der darin ausgesprochenen Ahndung bedroht; allein es ist weder aus den Worten noch aus dem Sinne des Gesetzes zu entnehmen, dass ein solcher Militarist über sein unbewegliches Vermögen, wenn sonst kein Hindernis im Wege steht, nicht beliebig verfügen könne und dass er bei der Veräusserung desselben an die Zustimmung seiner Militärbehörde gebunden sei (15. März 1859/755.)

78. Es besteht kein Gesetz, welches das von einem grossjährigen, eigenes Vermögen besitzenden Soldaten aufgenommene Darlehen für ungiltig erklärt; vielmehr ist das eine solche Anordnung enthaltende Hfkzd. v. 24. Nov. 1842 mit

dem Hfkzd. v. 3. Febr. 1843 ausdrücklich (durch Widerruf) aufgehoben worden (9. Juli 1861/1353).

79. Die am 15. Jän. 1783, 23. April 1785, F. 353 und 25. Febr. 1790 republicierte hofkriegsrätliche Verordnung v. 2. Juni 1753 (sog. Schuldenpatent), welche nach dem VII. Absatz des KundmPat. zum bGb. aufrecht erhalten blieb und in ihrer Wesenheit seither keine Aenderung erlitt und in welcher ausdrücklich verboten ist, einem Unterofficier oder gemeinen Soldaten etwas zu borgen oder darzuleihen, widrigens derselbe gestraft und auf das solchergestalt vorgestreckte Darlehen keine Rücksicht genommen werden soll, — trifft vermöge der Natur der Angelegenheit auch jene Militärpersonen der genannten Kategorie, welche zur Ermöglichung der Erlangung eines Darlehens oder einer Creditgewährung für einen Cameraden (mag derselbe sich auch nur zur Rückzahlung seiner Darlehensschuld „aus demjenigen, was er sich durch seinen Fleiss erwirbt und erwerben kann," verpflichten) als Bürgen und Zahler und hiemit als ungetheilte Darlehensschuldner Verbindlichkeiten übernehmen (11. Aug. 1880/8062).

b) Wechselfähigkeit.

80. Die kais. Vdg. v. 3. Juli 1852 (RGB. 138) nimmt den Militärpersonen nur die passive, nicht die active Wechselfähigkeit (28. Jän. 1856, 23. Jän. 1866, PJ. 72. 390).

81. Die kais. Vdg. v. 3. Juli 1852 (RGB. 138) findet keine Anwendung auf Reserveofficiere, mögen sich diese in oder ausser activem Dienste befinden (14. Aug. 1860, 3. Dec. 1861, PJ. 195. 232; 10. Febr. 1872, JB. 72).

82. Auf die zu den Waffenübungen einberufenen Reservemänner ist die kais. Vdg. vom 3. Juli 1852 (RGB. 138) nicht anwendbar (11. Dec. 1878, GH. 1879, 52). — Abweichend E. 28. Juni 1865, PJ. 357.

83. Auf Militärärzte findet die kais. Vdg. v. 3. Juli 1852 (RGB. 138) keine Anwendung (15. Oct. 1878, GH. 90, JBl. 46).

84. Den Militärärzten mangelt die passive Wechselfähigkeit (14. Dec. 1864, PJ. 325).

E. Ordensgeistliche.

a) Handlungs- und Rechtsfähigkeit.

85. Dem ausserhalb des Klosters auf einer Pfarre angestellten Ordensgeistlichen kann die Privatrechtsfähigkeit schon deshalb nicht abgesprochen werden, weil er wegen seines Unterhalts und wegen der Besorgung der Wirtschaft genötigt ist, zahlreiche Verträge aller Art zu schliessen (30. November 1871/4342).

86. Durch die Professablegung in einem religiösen Orden an sich wird dem Orden das Vermögen des Professen nicht zugewendet. Der minderjährig in den Orden Eingetretene, welcher die Profess ablegt, ist auch nach erreichter Grossjährigkeit, vorerst wegen Minderjährigkeit und sodann infolge der Professablegung, unfähig, sein Vermögen auf den Orden zu übertragen (16. Juni 1874/5396).

87. Es besteht kein Gesetz, welches einem das Gelübde der Armut leistenden Professen das Recht entzieht, unter Lebenden in Betreff der in seinem Besitze befindlichen Sachen Verträge zu schliessen oder Sachen zu erwerben. Die Ordensstatuten regeln nur das Verhältnis der einzelnen Ordensmitglieder zu der bezüglichen Ordensgenossenschaft und können gegen Dritte, welche von einem Ordensgeistlichen in seinem Besitze befindliche Sachen erworben haben, nicht angerufen werden (1. Oct. 1879 7590).

88. Mitglieder eines geistlichen Ordens können vermöge ihrer Ordensprofession, welche namentlich auch das Gelübde der Armut in sich begreift, sich für ihre Person durch Verträge nicht verpflichten, indem das Gelübde der Armut die Wirkung hat, dass kein Ordensgeistlicher etwas Eigenes haben darf, dass Alles, was jeder zu seinem Gebrauche erwirbt oder besitzt, der ganzen Gemeinde angehört, und dass keiner ohne eine ausdrückliche oder stillschweigende, allgemeine oder besondere Erlaubnis des Oberen, der die Gemeinde vorstellt, über etwas disponieren kann. Ordenspriester (auch des Piaristenconvents) sind daher wechselunfähig (24. Oct. 1882, Cz. 315).

89. Ein Klostergeistlicher (griechisch-orientalischer Mönch) ist nach § 33 und 34 des Hfd. v. 29. April 1786 absolut handlungsunfähig, er kann sich überhaupt rechtswirksam nicht verpflichten, demnach auch kein Darlehen aufnehmen, zumal nach Abs. VIII des KundmPat. zum bGb. die über politische Gegenstände kundgemachten, die Privatrechte beschränkenden oder näher bestimmenden Verordnungen, obschon im bGb. sich darauf nicht ausdrücklich bezogen wurde, in ihrer Kraft zu bleiben haben und unter diese Gesetze die auf staatsrechtlich anerkannten religiösen Grundlagen beruhenden Gesetze über die Erwerbsunfähigkeit der Ordensmitglieder gehören (15. Sept. 1886, C. IV 405).

90. Der mit der Ablegung des Gelübdes der Armut verbundene Eintritt in ein Kloster schliesst die Erbfähigkeit aus. Die staatlichen Gesetze, welche den Eintritt dieser Rechtsfolge anerkennen, haben, wie sich aus § 31 des Ges. v. 7. Mai 1874 (RGB. 50) ergiebt, eine Aenderung nicht erfahren (5. April 1887, C. V 217).

91. Der als Pfarrvicar bei einer incorporierten Stiftspfarre bestellte Stiftsgeistliche ist erwerbsunfähig (31. März 1887, C. V 216).

92. In dem Satze des § 573 bGb.: „wenn sie (die Ordenspersonen) in einem solchen Verhältnisse angestellt sind, dass sie vermöge politischer Verordnungen nicht mehr als ein Angehöriger des Ordensstifts oder Klosters angesehen werden“, sind unter „politischen Verordnungen“ nur die von der gesetzgebenden oder vollziehenden Gewalt erlassenen Rechtsnormen, die vorkommenden Falls zu handhaben sind, nicht aber die Anstellungsdecrete an sich zu verstehen (25. Jan. 1888, C. VI 278).

b) Processfähigkeit.

93. Der in einen geistlichen Orden Eintretende verliert durch diesen Eintritt das vorher erworbene Vermögen nicht, und er ist mit Ermächtigung seines Ordensobern berechtigt, das bereits Erworbene einzutreiben (9. Dec. 1870/3983).

94. Das ein selbständiges Pfarramt versehende Mitglied eines regulierten Chorherrenstifts ist processfähig (16. Aug. 1882/9079).

F) Freiwillige Interdiction.

95. Die von einer Person, die sich unter der Herrschaft des gemeinen Rechts freiwillig einer Curatel unterworfen hat, welche dem Gerichte angezeigt und von diesem in Gemässheit der damaligen Praxis genehmigt und veröffentlicht worden ist, unter der Wirksamkeit eines Gesetzes, welches die freiwillige Interdiction nicht kennt, ausgestellte Vollmacht (zur Aufnahme eines Darlehens) ist ungiltig. Das (italienische) Civilgesetzbuch „kennt zwar die freiwillige Stellung unter Curatel nicht, erklärt aber darum doch derartige Curatelsverhängungen, welche durch rechtskräftige, richterliche Verfügungen in Wirksamkeit gesetzt wurden, nicht für nichtig und unwirksam“ (27. Mai 1857/368).

96. Hat die grossjährige A dem B vertragsmässig das Recht auf Ertheilung der Zustimmung zu ihrer Verehelichung eingeräumt und ist in diesem Vertrage dem B für den Fall, als sich die A ohne seine Zustimmung verehelichen sollte, ein Controlsrecht über die Verwendung ihres Vermögens vorbehalten worden, so kann die A den die Zustimmung zu ihrer Verehelichung verweigernden B auf die Ertheilung dieser Zustimmung nicht gerichtlich belangen. Die Fiction einer freiwillig anerkannten Curatel und das Begehren um analoge Anwendung der fur den Fall der Verweigerung der Zustimmung zur Verehelichung seitens des Curators geltenden gesetzlichen Bestimmung ist unzulässig, da das Gesetz eine solche freiwillige Curatel nicht kennt. B kann demnach nicht angehalten werden, seine Zustimmung zur Verehelichung zu ertheilen oder auch nur die Gründe seiner Verweigerung anzugeben; die A ist dagegen an der Eingehung der Ehe nicht gehindert, in welchem Falle aber das vertragsmässig festgesetzte Fatale eintritt (23. Mai 1878/6992).

97. Ist die Vertragsclausel, dass der Gläubiger seine Forderung nur mit Zustimmung eines Dritten eintreiben könne, nicht zum Vortheile des Schuldners, sondern im Interesse des Gläubigers, damit dieser nicht leichtsinnig über seine Forderung verfügen könne, und zur Vermeidung der Vormundschaftsverlängerung stipuliert worden, und ist jener Dritte, dessen Zustimmung erforderlich ist, keine solche Person, welcher die Erhaltung des Gläubigers im Falle seiner Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit vermöge Gesetz obliegt, so hat diese Dispo-

sitionsbeschränkung des Gläubigers für denjenigen, dem seine Forderung executiv eingeantwortet wird, keine Geltung (12. Febr. 1879/7332).

Nachträge.

1. Oertliche Collision der Gesetze über die Handlungsfähigkeit.

98. Eine vor zurückgelegtem 24. Jahre verheiratete Ungarin, welche dadurch nach ungarischem Recht die Grossjährigkeit erlangt hat, ist dieser ihrer persönlichen Eigenschaft dadurch, dass sie durch ihre Verehelichung mit einem Oesterreicher zugleich die hierländische Staatsbürgerschaft erlangt hat, nicht verlustig geworden (22. Aug. 1865/2259).

99. Darin, dass die ausländische Gattin infolge der Verehelichung mit einem österr. Staatsangehörigen ebenfalls österr. Staatsangehörige wird, kann keineswegs eine Aufhebung von Rechten, die sie bereits erworben hat, erblickt werden. Es wird daher eine nach Deutschem Recht bereits grossjährige (21jährige) Preussin infolge ihrer Verehelichung mit einem Oesterreicher nicht bis zur Zurücklegung des 24. Lebensjahrs entmündigt (9. Aug. 1882/9075).

100. Der vormundschaftlich genehmigte Austritt eines (21 Jahre alten) Pupillen aus dem österr. Staatsverband und dessen Eintritt in den Verband eines Staats (Italien), in welchem die Grossjährigkeit mit dem zurückgelegten 21. Lebensjahre erlangt wird, macht denselben grossjährig (22. Febr. 1881/8299).

2. Anfechtung der Handlungen Minderjähriger.

a) Zahlung.

101. Der Vormund oder Curator einer zur Verwaltung ihres Vermögens unfähigen Person, welche eine richtige Schuld abgetragen hat, kann das Bezahlte wegen Ungewissheit der Schuld nur dann zurückfordern, wenn er diese Ungewissheit zu erweisen in der Lage ist (31. Jan. 1865) 2106).

b) Processführung.

102. Die Wirksamkeit des von einem Militärstrafgerichte gegen einen Minderjährigen gefällten Erkenntnisses über die privatrechtlichen Ansprüche kann vor dem Civilgerichte nicht angefochten werden (19. Nov. 1868/3168).

103. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, wonach der eigenberechtigt Gewordene von dem Rechtsmittel ausgeschlossen wäre, die Vernichtung des gegen ihn während seiner Processunfähigkeit erwirkten Urtheils mit einer gerichtsordnungsmässigen Klage zu begehren (13, Oct. 1887, C. V 466.)

104. Die Bestimmungen der §§ 63 u. 64 aGO. (§§ 56 u. 57 wGO.) und der Hfd. v. 4. Juni 1789 (JGS. 1015) und 14. Oct. 1803 (JGS. 629) verfolgen nur die Tendenz, nicht eigenberechtigte Personen, welche auch nach § 21 bGb. unter dem besonderen Schutz des Gesetzes stehen, vor Schaden zu bewahren. Es kann demnach die Anordnung der cit. Hfd. keineswegs dahin aufgefasst werden, dass die Aufhebung der bis zur Entdeckung des Mangels der Befugnis zur Selbstvertretung vorgenommenen gerichtlichen Acte schon von amtswegen ohne vorläufige Vernehmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen und auch dann erfolgen müsse, wenn diese Aufhebung dem Minderjährigen zum Nachtheil gereichen würde. Die Anordnung des Hfd. v. 4. Juni 1789, dass die ganze Sache in die Ordnung geleitet werden soll, lässt vielmehr auch die Sanierung des bisher Geschehenen durch den Beitritt des gesetzlichen Vertreters hiezu zu. In keinem Falle ist der Richter befugt, von amtswegen auch dann, wenn der zur Zeit der Einleitung des Processverfahrens vorhanden gewesene Mangel der Befugnis zur Selbstvertretung inzwischen behoben wurde und die Bestimmung des § 21 bGb. nicht mehr platzgreift, ohne Begehren des mittlerweile eigenberechtigt gewordenen Processtheils die Aufhebung des bisherigen Verfahrens auszusprechen, umsoweniger, als aus der Minderjährigkeit eine Einwendung wohl nur zu Gunsten des Minderjährigen, nicht aber auch zu Gunsten des Processgegners hergeleitet werden kann (27. Febr. 1877, 9. Aug. 1883, 6392. 9534).

3. Verjährung gegen Minderjährige.

105. Wenn auch die Verjährung der Zinsen gegenüber dem gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen, somit auch gegen diesen zu laufen begonnen hat, so kann sie doch erst zwei Jahre nach Beendigung der Minderjährigkeit eintreten (23. Mai 1871/6996).

106. Die Bestimmung des § 1494 bGb., dass gegen solche Personen, welche aus Mangel der Geisteskräfte ihre Rechte selbst zu verwalten unfähig sind, die Ersitzungs- oder Verjährungszeit nie früher als binnen zwei Jahren nach den gehobenen Hindernissen vollendet werden könne, findet in dem Falle keine Anwendung, wenn für diese Personen während der Zeit ihrer Unfähigkeit zur Selbstverwaltung ununterbrochen ein gesetzlicher Vertreter bestellt war (9. Sept. 1881/8495).

Literarische Notizen.[1]

Deutsche Rechtsgeschichte. Ein Lehrbuch von Dr. Heinrich Siegel, k. k Hofrat und Professor an der Wiener Universität. Zweite durchgearbeitete Auflage. Berlin, 1889. Franz Vahlen.

Es freut uns ausserordentlich, überrascht uns aber durchaus nicht, dass dieses vortreffliche Werk, dessen erste Auflage wir erst in Bd. IV dieser Zeitschrift, S. 302 angezeigt hatten, nach kaum drei Jahren nunmehr schon in zweiter Auflage vorliegt. Es war von vornherein zu erwarten, dass Siegel's Lehrbuch rasch Verbreitung und ungetheilte Anerkennung finden werde. Kaum ein anderes Lehrbuch vermag sich, was die Kunst der Darstellung betrifft, mit demselben auch nur annäherungsweise zu vergleichen. Man lernt aus ihm, indem man sich daran erfreut; das Lesen ist zugleich ein Genuss. Den reichen Inhalt dieses in jeder Beziehung ausgezeichneten, auch äusserlich reich ausgestatteten Werks haben wir schon in der Anzeige der ersten Auflage skizziert. In der vorliegenden neuen Ausgabe ist die ursprüngliche Anlage unverändert geblieben, der Inhalt aber durch manche neue Ausführungen, hervorgerufen durch inzwischen veröffentlichte neue Forschungen, mehrfach bereichert. Ausserdem zeigt fast jede Seite des Buchs, dass der Verfasser überall bessernde Hand angelegt hat. Erwähnt mag noch werden, dass auch der kleine Lapsus, auf den wir in unserer ersten Anzeige hingewiesen, nunmehr beseitigt ist.

Forschungen aus dem Patentrecht. Von Prof. Dr. J. Kohler an der Universität Berlin. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim 1888.

Bereits 1875 hatte Kohler in dem kleinen, im Anhange des vorliegenden Werks neu abgedruckten Aufsatze die Grundprincipien des Patentrechts veröffentlicht; er hat diese alsdann 1878 in seinem „Deutschen Patentrecht" in ein System gegossen und in ihren Consequenzen entwickelt; aber als unermüdlicher Forscher hat er damit seine Untersuchungen auf diesem so jungen, aber gerade deshalb theoretisch umso interessanteren und zugleich praktisch hochwichtigen Gebiete nicht abgeschlossen, sondern kehrt stets wieder zu demselben zurück, um die Grundbegriffe aufs Neue zu vertiefen und genauer abzugrenzen. Im ersten Abschnitte oder Buche des vorliegenden, in fünf Abschnitte oder „Bücher" zerfallenden Werkchens behandelt Kohler das Wesen der Erfindung; auf Grund seiner bekannten Theorie vom Rechtsgeschäfte stellt er fest, dass die Erfindung ein Rechtsgeschäft ist und erörtert die Beziehungen seiner Wirkungen auf die betheiligten Personen. Das Wesen der Erfindung besteht in einer Neuschöpfung, verbunden mit der Erkenntnis des Zusammenhangs zwischen Operat und Product; diese Feststellung des Begriffs giebt zugleich theoretisch und praktisch die Abgrenzung der Erfindung gegen die verwandten Begriffe der Entdeckung, der Construction und der speculativen Idee. Das zweite Buch beschäftigt sich mit

[1] Alle hier besprochenen Werke sind in der Buchhandlung Moritz Perles in Wien, I., Seilergasse 4, vorrätig oder durch dieselbe schnellstens zu beziehen.

dem Erfindungsobjecte, das definiert wird als eine immaterielle Conception, welche sich durch äussere Darstellungsmittel verkörpert. Das verschiedene Verhältnis, in welchem die Idee zur Darstellung und den Darstellungsobjecten stehen kann, wird eingehend untersucht; dasselbe ergiebt praktisch die Unterschiede von Einzel-, Combinations- und Totalitätspatent. Hieran schliesst sich die schwierige Lehre von den Aequivalenten, d. h. den gleichwertigen Factoren, welche die Lösung des letzten Problems einer bestimmten Erfindung ermöglichen und damit die Perfection der Erfindung bewirken. Hiermit im Zusammenhang steht die Unterscheidung und Darstellung der Abhängigkeits- und Verbesserungserfindung, welche beide die Ausübung einer anderen Erfindung in sich schliessen, aber mit dem Unterschiede, dass die blosse Verbesserungserfindung dasselbe Resultat, nur besser, d. h. leichter oder in besserer Art erreicht (weshalb nur für sie ein Zusatzpatent gewährt wird), während die Abhängigkeitserfindung (der weitere Begriff) nicht nur diese Art der Erfindung in sich schliesst, sondern jede Erfindung, welche zugleich die Ausübung einer anderen enthält, mithin auch die, welche über die benutzte Erfindung hinausgreifend zu neuen Resultaten führt; hier bedarf es zur praktischen Verwertung daher nur der Licenz. Das dritte Buch behandelt als weitere Voraussetzung der Patentertheilung den Begriff der Neuheit im Gegensatz zur offenkundigen Benutzung. Letztere liegt nur dann vor, wenn die Erfindung in einer Weise innerhalb unseres Culturlebens angewendet oder veröffentlicht wurde, dass ihr Wesen von dritten Sachverständigen erkannt werden kann. Eine Benutzung liegt daher, wie Kohler gegen das Reichsgericht ausführt, auch in der Anmeldung und der darauf folgenden Bekanntmachung durch das Patentamt. Im vierten Buche sind die Grundsätze über Patentertheilung und Anmeldung, im fünften jene über die Nichtigkeit des Patents dargestellt. Wie aus dieser kurzen Skizze der Hauptgedanken des vorliegenden Werks sich ergiebt, eröffnet die wissenschaftliche Vertretung der Grundbegriffe hier, wie stets, eine Fülle neuer Gesichtspunkte sowohl für die Theorie als für die praktische Anwendung des Gesetzes, und es wird das Werk daher nicht nur dem Juristen ein Gegenstand interessanten Studiums, sondern auch dem gebildeten Techniker eine Quelle reicher Belehrung bilden.

Aus dem Patent- und Industrierecht. Von Prof. J. Kohler an der Universität Berlin. I. Lieferung. Verlag von F. C. Glaser in Berlin. Commissionsverlag von J. Bensheimer in Mannheim. 1889.

Die vorliegende Schrift enthält die Wiedergabe einer Anzahl kleinerer Aufsätze des Verfassers über die verschiedensten Fragen des Patent- und Industrierechts und einen Abdruck der Englischen Merchandise Marks Act 1887 (50 u. 51 Vict. ch. 28). Es werden hier viele Einzelfragen aus dem sog. Immaterialrecht kurz erörtert und das Heftchen kann gleich den vorhin besprochenen Forschungen aus dem Patentrecht als eine wertvolle Ergänzung zu des Verfassers grundlegenden Arbeiten über das Deutsche Patent- und Markenrecht angesehen werden. Dasselbe kündigt sich übrigens an als die erste einer Serie von zwanglosen Lieferungen. Wir sehen der Fortsetzung mit gespannter Erwartung entgegen.

Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofs. Herausgegeben von Joseph Unger, Joseph v. Walther und Leopold Pfaff. XXIV. Band. Wien, Carl Gerold's Sohn. 1889.

Dieser Band enthält 438 in dem Jahre 1886 veröffentlichte Entscheidungen (Nr. 10879—11316) und im Nachtrag 71 Entscheidungen (Nr. 11317—11387) aus den Jahren 1880 bis 1885. Bearbeitet sind die einzelnen Rechtsfälle wie die denselben gegebenen Ueberschriften in derselben meisterhaften Weise wie in den bisher ausgegebenen Bänden. Nur hie und da stiessen wir auf eine Flüchtigkeit, wie z. B. die ungebräuchlichen Wortbildungen „Begründetheit" (Nr. 10890) und „Bewiesenheit" (Nr. 10947), oder die Ueberschrift bei Nr. 11008, wo nach dem Worte „Anspruch" die Worte: „des Fiscus" vermisst werden. Das sind indessen Kleinigkeiten, welche den hohen Wert des Werks in keiner Weise beeinträchtigen.

Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Bearbeitet von A. Bolze, Reichsgerichtsrat. VII. Band. Leipzig. F. A. Brockhaus. 1889.

Dieser Band ist in allen Stücken seinen Vorgängern gleich bearbeitet und bietet uns eine systematisch wohlgeordnete Uebersicht über die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs des Deutschen Reichs. Die Excerpte aus dessen Entscheidungen enthalten überall den Kern und sind in einer Weise bearbeitet, dass man über den Streitpunkt und über die wesentlichen Argumente volle Klarheit gewinnt.

Rechtsprechung.

A. Civilrecht.

407.

Gesetz und Autonomie: Entbehrlichkeit eines Gesetzgebungsacts zur Einbeziehung von Grundstücken in ein Fideicommiss, welche aus dem Erlöse von Realitäten desselben Fideicommisses angekauft wurden.

(E. 25. Juli 1889, Z. 8630. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 495.)

Der Fideicommissbesitzer H beantragte die Fructificierung des Kaufschillings von 825 fl. 80 kr. für die aus der Fideicommissherrschaft H abgetrennte Bauparcelle per 478·2□° durch Ankauf von vier ihm gehörigen Grundparcellen im Gesammtflächenmaasse von 3 Joch 244□° um den gleichen Betrag; dieser Antrag wurde von der ersten Instanz abgewiesen, weil der zum Erwerbe in Aussicht genommene Grundcomplex ein grösseres Flächenmaass enthält und einen um 3 fl. 73 kr. grösseren Reinertrag ausweist als der abgeschriebene Grund, sohin offenbar eine Vergrösserung des Fideicommisses eintreten würde, wozu nach § 1 des Ges. v. 13. Juni 1868 (RGB. 61) die Zustimmung der Reichsvertretung erforderlich ist.

Das OLG. hat den dagegen überreichten Recurs zurückgewiesen, weil nach §§ 633 u. 634 bGb. die ordentliche Gerichtsbehörde nur den Tausch von Fideicommissgrundstücken gegen andere Grundstücke genehm halten kann, im vorliegenden Falle jedoch kein solcher Tausch, sondern der Ankauf von Grundstücken mit Geldern, die aus dem Verkaufe von zum Fideicommiss gehörig gewesenen Grundstücken herrühren, genehmigt werden soll, dies aber laut des mit JME. v. 20. Mai 1883, Z. 732, zur Darnachachtung mitgetheilten Beschlusses des OGH. v. 9. Jän. 1883, Z. 14087, ex 1882, nur nach den Bestimmungen des § 627 bGb. und des § 1 des Ges. v. 13. Juni 1868 (RGB. 61) stattfinden darf.

Der OGH. hat in der Erwägung, dass der Fideicommissinhaber nach § 633 bGb. Grundstücke gegen andere mit Genehmhaltung der Fideicommissbehörde vertauschen kann; dass unter dem Ausdrucke „Vertauschen" der Umtausch von Grundstücken im allgemeinen verstanden wird, und nicht blos der mittelst Tauschverträgen bewerkstelligte Eintausch; dass ein Vertauschen von Grundstücken auch damals stattfindet, wenn der Fideicommissbesitzer Grundstücke des Fideicommisses verkauft und mit dem dafür gelösten Verkaufspreise wieder gleichwertige für das Fideicommiss anschafft; dass es demnach vorliegenden Falls nur auf die ziemliche Gleichwertigkeit der an Stelle der abverkauften Fideicommissgrundstücke in das Fideicommiss einzuverleibenden Grundstücke ankommt, endlich dass nicht das Flächenmaass entscheidet, und die ziemliche Gleichwertigkeit der Grundflächen schon aus dem unerheblich verschiedenen Reinertrage sich ergiebt, dem von dem Fideicommissbesitzer gestellten Ansuchen Folge gegeben.

408.

Giltigkeit der von einem beschränkt verpflichtungsfähigen Minderjährigen getroffenen Verabredung über den Zahlungsort.

(E. 18. Juli 1888, Z. 8640.)

Der vom 1. R. unbedingt zugelassenen Einwendung der Incompetenz wurde vom OLG. nur dann stattgegeben, wenn die Gekl. den irreferiblen Haupteid: dass

sie mit den Kleidern nicht auch Facturen mit dem Vermerk „zahlbar in Wien" erhalten habe, ablegt. Gründe: Dass die Gekl. in den Jahren 1883 und 1884 als Schauspielerin in verschiedenen Theatern engagiert war, ist von ihr zugestanden worden. Die von ihr bezogene Gage belief sich nach Angabe ihres Gatten auf 3500 bis 3600 Mark jährlich. Jedenfalls verdiente sie sich so viel, dass sie an die Kl. für gelieferte Toilettengegenstände mehr als 900 fl. zahlen konnte, und es kann nicht gesagt werden, dass die von ihr der Kl. gegenüber übernommene Verpflichtung, ihre Kleider zu bezahlen, ausser Verhältnis mit ihrem Einkommen war, und zwar dies umsoweniger, als sie den grössten Theil der kl. Forderung aus dieser Kleiderlieferung bezahlt und es sich derzeit nur um die Zahlung eines geringfügigen Restes handelt. Diesen Rest zu bezahlen, ist die Gekl. zu zahlen verpflichtet und kann sie sich durch die Einwendung der Minderjährigkeit dieser Verpflichtung umso weniger entschlagen (§ 246 bGb.), als sie sich sonst mit dem Werte der empfangenen Waare in unrechtmässiger und unredlicher Weise bereichern würde. Wenn die Gekl. sich verpflichten konnte, aus ihrem Verdienste ihre Kleider zu bezahlen, so konnte sie dies auch bezüglich der Nebenverpflichtung thun, diese Zahlungen in Wien zu leisten.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. in der Erwägung, dass die Gekl., welche zur Zeit der Bestellung der Kleider ausserhalb des Vaterhauses einem Erwerbe nachgieng und überdies mehr als 20 Jahre alt war, allerdings sich durch die Bestellung von Kleidern, die sie zur Ausübung ihres Berufs bedurfte, giltig verpflichten und daher auch den Erfüllungsort mit Wirksamkeit vereinbaren konnte; dass der Versuch, die Haftung für die erfolgte Bestellung von der Gekl. abzuwenden, angesichts der Briefe, in denen sie sich als Bestellerin bezeichnet und wiederholte Zahlungszusicherungen macht, jedes Vorwands entbehrt.

409.

1. Privat- oder Gemeingebrauch? Besitz der Gemeinde bei einem durch die Ortsbewohner ausgeübten Fussteige. — 2. Zuständigkeit der Gerichte für die Besitzstörungsklage der Gemeinde hinsichtlich eines solchen Fussteigs.

(E. 18. Sept. 1889, Z. 9720.)

Die Besitzstörungsklage der Gemeinde P wurde in den Vorinstanzen abgewiesen, vom OLG. aus folgenden Gründen: Der 1. R. hat die geklagterseits eingewendete absolute Incompetenz der Gerichte in diesem Rechtsstreite gegründet befunden und trotzdem unzukömmlicher Weise gleichzeitig in der Hauptsache selbst entschieden. Nachdem aber der Gekl. durch die gleichzeitige Entscheidung in der Hauptsache sich nicht beschwert erachtet und der Recurs der Kl. sowohl gegen diese erstr. anerkannte Incompetenz einerseits und anderseits gegen die Entscheidung in der Hauptsache selbst gerichtet ist, von keinem der Streittheile dagegen eine Nullität geltend gemacht wird und somit bei vorliegender Abänderung des erstr. Ausspruchs, betreffend die Incompetenzeinwendung und Abweisung dieser Einwendung, das Urtheil in der Hauptsache selbst gesprochen werden kann, so wurde diese gerichtsordnungswidrige gleichzeitige Entscheidung des 1. R., nemlich Stattgebung der Incompetenzeinwendung und Ausspruch in der Sache selbst, nicht als ein derartiges Gebrechen erachtet, um im Sinne des § 264 aGO. die E. überhaupt zu cassieren. Der Gekl. hat die Incompetenz des Gerichts in zweifacher Beziehung eingewendet: nemlich mit Berufung auf den § 28, Abs. 3 des Ges. v. 31. Mai 1866 (LGB. 41 für Böhmen) anführend, dass es sich um einen öffentlichen Gemeindeweg handelt, somit die autonomen Behörden zuständig erscheinen, und dass es sich um eine nach dem Pat. v. 5. Juli 1853 (RGB. 130) ausgeschlossene usucapio einer Servitut handle. Den letzteren Incompetenzgrund hat der 1. R. gegründet abgewiesen, weil ja keine der im § 3 dieses Patents vorgedachten Feldservituten angestrebt wird, da es sich nicht um das Recht des Fussteigs zu Gunsten eines bestimmten herrschenden Guts handelt. Es liegt aber auch der erstr. anerkannte, vom Gekl. geltend gemachte, weiter oben angeführte Incompetenzgrund nicht vor; denn die Parcelle 647 ist als Zugehör des Guts Bischofteinitz in der Landtafel eingetragen und weder die Kl. noch die Gekl. behaupten, dass der angestrebte Fussteig im Verzeichnisse des öffentlichen Guts

vorkommt; es handelt sich somit nicht um einen unter die Bestimmung des § 28, Abs. 3 des Ges. v. 31. Mai 1866 (LGB. 41) fallenden, die gerichtliche Competenz ausschliessenden Weg. Daher wurde in diesem Ausspruche der erstr. Bescheid abgeändert. Was den Ausspruch in der Sache selbst betrifft, so wurde der Recurs abgewiesen; denn die kl. Gemeinde P findet den nach dem Klagebegehren gerichtlich zu schützenden factischen Besitz des in Frage stehenden Rechts an ihrer Seite durch den Umstand begründet, dass, wie sie anführt, ihre Gemeindeangehörigen als solche, im Namen der Gemeinde und in dem Bewusstsein, dass sie ein der Gemeinde zustehendes Recht ausüben, den Weg über die gegnerische Grundparcelle Nr. 647 benützten, um in die benachbarte Ortschaft R oder auf die hinter den gegnerischen Parcellen Nr. 647 und 618 gelegenen Grundstücke zu gelangen. Was nun die Frage des Factums der Besitzausübung anbelangt, gesteht die gekl. Seite zu, dass einzelne Bewohner von P, aber nicht nur diese, sondern auch die von R, sowie überhaupt beliebige Personen den fraglichen Fusssteig benützten und dass ihr (der gekl. Seite) Bestreben stets dahin gerichtet war, das Entstehen eines öffentlichen Wegs zu verhüten. Weiter haben sämmtliche von der Kl. geführten Zeugen übereinstimmend bestätigt, dass sie selbst, wie überhaupt alle Gemeindemitglieder von P, den fraglichen Fussweg zu dem von der Kl. angeführten Zwecke bis zu der im Dec. 1888 erfolgten Errichtung des Zauns benützten. Aus diesen Aussagen ist jedoch in keiner Weise ersichtlich, wienach die einzelnen, der Gemeinde P angehörigen Personen den Weg nach der Behauptung der Kl. nur im Namen dieser Gemeinde benützt hätten, da nicht hervorkommt, dass diese Benützung über einen speciellen oder generellen Auftrag der Gemeinde erfolgt sei, oder im evidenten Interesse derselben unternommen worden wäre, zumal der Umstand für sich allein, dass der den Besitzact setzenden Person die von der Persönlichkeit nicht trennbare Eigenschaft der Zugehörigkeit zu einem Gemeindeverbande zukommt, in keiner Weise in's Gewicht fällt und ebenso als irrelevant die durch keine thatsächlichen Momente unterstützte, übrigens durch Zeugen nicht erweisbare, dennoch aber vom Zeugen A bestätigte Behauptung erscheint, dass die Gemeindemitglieder den Weg mit dem Bewusstsein benützt hätten, dass sie ein der Gemeinde zustehendes Recht ausüben. Aus der Verhandlung und dem Ergebnisse der Beweisführung geht vielmehr hervor, dass die Personen, indem sie den Fussweg benützten, sich durch ihr eigenes Interesee leiten liessen, dass sie ihr eigenes Bedürfnis, welches das Gehen in die nächste Ortschaft oder auf die hinter den gegnerischen Parcellen gelegenen Grundstücke, in Betreff deren nicht behauptet wird, dass es P'er Gemeindegrundstücke seien, forderte, durch die Setzung der Besitzacte befriedigten, dass daher der Besitzact des Einzelnen nach § 312 bGb. nur im eigenen Interesse desselben und nicht in jenem der Gemeinde P, als juristischen Person unternommen worden ist, woraus sich ergiebt, dass sich auch nur die einzelnen ausübenden Personen durch eine besitzstörende Handlung der gekl. Seite für beeinträchtigt halten könnten. Nachdem aber auch aus dem Vorgange bei der Commission im Juni 1888 die Legitimation der Gemeinde P zur Stellung des vorliegenden Begehrens nicht hervorgeht, die diesfälligen Anführungen der Kl. übrigens vorliegend, wo es sich lediglich um die Erörterung und den Beweis der Thatsache des letzten factischen Besitzstands handelt, irrelevant erscheinen, war die Klage, als von einem sachlich nicht berechtigten Kl. eingebracht, abzuweisen.

Der OGH. hat unter Abweisung des ordentlichen Revisionsrecurses des Gekl. dem a. o. Revisionsrecurse der Kl. Folge zu geben, die beiden unterr. E. (soweit sie die Sache selbst betreffen) abzuändern und dem Klagebegehren stattzugeben befunden. Hiebei wurde erwogen, dass, insoweit es sich um die Competenz der Gerichte zur Entscheidung dieser Streitsache handelt, die Parcelle, über welche der streitige Fusssteig führt, im privatrechtlichen Besitze des Gekl. ist und die kl. Gemeinde geltend macht, auf des Gekl. Grund und Boden ein Recht ausgeübt zu haben und den Schutz im Besitze dieses Rechts anstrebt, worüber zu entscheiden die Gerichte berufen sind; dass auch in anderer Richtung Bedenken gegen die Competenz im Hinblicke auf das Ges. v. 12. April 1886 (LGB. 36) nicht vorhanden sind; dass in der Sache selbst es gar nicht zweifelhaft ist, dass die Gemeindemitglieder von P seit vielen Jahren jenen Fusssteig benützen, und zwar trotz Verbots benützen; dass auch anderseits die diese

Benützung ausschliessende Aufrichtung des Zauns zugestanden ist; dass nach der Lage dieses Streits es sich einzig und allein darum handelt, ob die Gemeinde P, welche als Kläger auftritt und für die Gesammtheit ihrer Mitglieder (§ 6 der GemO.) den Schutz im Besitze dieses Rechts anstrebt, hiezu legitimiert ist; dass es nun zwar richtig ist, dass die Gemeinde einen Besitz nicht anders als durch Beschluss der Gemeindevertretung erwerben kann, wie aus den §§ 307 und 377 bGb. hervorgeht, dass jedoch zur Ausübung eines Besitzes für die Gemeinde nicht ein vorausgegangener Beschluss der Gemeindevertretung unausweichlich nötig ist, vielmehr die nachfolgende Genehmigung der Besitzerwerbungshandlung den Mangel der ursprünglichen Ermächtigung mit rückwirkender Kraft ergänzen kann; dass in diesem Streitfalle eine zureichende Grundlage gegeben ist, um zu folgern, dass die Gemeinde den von ihren Mitgliedern ausgeübten Besitz als einen Besitz der Gesammtheit, d. i. der Gemeinde, behandelt wissen wollte, wie nicht nur aus den Aussagen der Zeugen hervorgeht, sondern klar daraus zu ersehen ist, dass der Gemeindeausschuss in seiner legalen Zusammensetzung den Schutz des für die Gemeinde in Anspruch genommenen Besitzes bei dem Richter angestrebt hat, dass diesemnach der Klage stattzugeben war.

410.

Umfang des Rechts der „freien Wohnung" auf einer Wirtschaft: Aufnahme eines Ehegenossen in die Wohnung.

Vgl. Bd. II Nr. 370; Bd. III Nr. 331.

(E. 19. Juli 1889, Z. 7779. — II. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 493.)

Die C hinterliess ihrer Tochter A das ganze Vermögen, worunter die Wirtschaft x, und ihrem Ehegatten B nebst dem lebenslänglichen Fruchtgenusse des vierten Theils des reinen Nachlasses die freie Wohnung auf obiger Wirtschaft. Nach einiger Zeit heiratet B in zweiter Ehe und benützt mit der Gattin jene Wohnung. Darüber beschwert sich die A und bringt gegen B die Klage auf Untersagung der Anmaassung einer Servitut durch Ueberschreitung des Wohnungsrechts ein. Gekl. beruft sich auf die letztwillige Anordnung der C und auf die darauf bezügliche Einantwortungsurkunde, woraus er das unbeschränkte Wohnungsrecht auf der Wirtschaft, daher die Servitut des usus fructus ableitet. Der 1. R. gab dem Klagebegehren statt, weil die Gestattung einer freien Wohnung schon im Hinblicke auf § 484 bGb., wonach Servituten, soweit es die Natur und der Zweck ihrer Bestellung erlaubt, einzuschränken sind, als die Gestattung einer unentgeltlichen Wohnung auszulegen sei und daher mit Rücksicht auf § 506 bGb., wonach in Betreff der Servitut des Gebrauchs das Bedürfnis des Berechtigten nach dem Zeitpunkte der Bewilligung dieses Gebrauchs zu beurtheilen sei, das unentgeltliche Wohnungsrecht blos dem Gekl. und nicht auch seiner gegenwärtigen Gattin gebüre.

Das OLG. und der OGH. wiesen das Klagebegehren ab; denn nach dem Inhalte der Einantwortungsurkunde gebürt dem Gekl. die freie lebenslängliche Wohnung auf der Wirtschaft x. Es sind bestimmte Localitäten, welche ihm zur Wohnung dienen sollen, nicht angegeben, und es ist auch keine Einschränkung dieses Wohnungsrechts beigefügt, daher die von der Kl. angestrebte Beschränkung desselben aus der Einantwortungsurkunde nicht abgeleitet werden kann. Wenn auch der § 504 bGb. demjenigen, welchem die Servitut des Gebrauchs zusteht, nur die Befugnis einräumt, die fremde Sache ohne Verletzung der Substanz „blos" zu seinem Bedürfnisse zu benützen, so zuerkennt einerseits schon der folgende § 505 dem Gebrauchsberechtigten das Recht, aus der betreffenden Sache den seinem Stande, seinem Gewerbe und Hauswesen angemessenen Nutzen zu ziehen, und geht anderseits aus dem Fehlen des im § 504 enthaltenen Wörtchens „blos" im ersten Satze des § 521 bGb., welcher von der Servitut der Wohnung spricht, deutlich hervor, dass der Wohnungsberechtigte in Betreff der Benützung der Wohnung nicht auf seine Person beschränkt ist, sondern dass sich das Recht desselben auch auf sein Hauswesen ausdehnt; worauf gleichfalls der in der letztwilligen Verfügung der C gebrauchte Ausdruck „freie Wohnung" hindeutet, der keineswegs als mit der Bezeichnung „unentgeltliche Wohnung" identisch aufgefasst werden kann.

411.

Umfang des Pfandprivilegiums der Steuern: Geltung desselben für die Kosten der executiven Einverleibung.

(E. 9. Aug. 1888, Z. 9382.)

Entgegen den Vorinstanzen fand der OGH. dem Fiscus nebst den Steuern per 1158 fl. 65 kr. sammt den hievon bis zur Zahlung laufenden Verzugszinsen und nebst den Interventionskosten auch die angesprochenen Kosten der executiven Einverleibung des in Rede stehenden Steuerrückstands vor allen anderen Gläubigern zuzuweisen, dies in der Erwägung, dass die Kosten der grundbücherlichen Einverleibung der Steuerforderungen mit dem solchen Forderungen nach dem Gesetze zukommenden Pfandrechte allerdings im Zusammenhange stehen, da zur Realisierung dieses Vorzugspfandrechts die Erwirkung der executiven Pfandrechtseinverleibung, als des ersten Executionsgrads, unerlässlich ist und auch nicht gesagt werden kann, dass bei dem hier obwaltenden Sachverhalte eine Executionsführung zur Hereinbringung des Steuerrückstands entbehrlich gewesen wäre; dass sich daher die angesprochenen Einverleibungskosten als Einbringungskosten darstellen und dass solchen notwendigen Executionskosten nach § 16 GbG. das für die Forderung erworbene Pfandrecht zukommt.

412.

1. Verträge zu Gunsten Dritter: Wirksamkeit des vom Gläubiger einem (interessierten) Dritten gegenüber erklärten Schulderlasses. — 2. Vertragsschluss durch concludente Handlungen.

(E. 14. Aug. 1889, Z. 9273.)

Die Klage des A gegen den B auf Zahlung von 703 fl. s. NG. wurde vom 1. R. abgewiesen aus nachstehenden Gründen: A belangt den B auf Rückzahlung eines demselben gegebenen Darlehens von 703 fl. B giebt zu, dieses Darlehen empfangen zu haben, bestreitet jedoch die Rückzahlungspflicht, weil ihm A die Schuld in folgender Weise erlassen habe. Im Herbste 1883 starb der C, Sohn des A, derselbe habe mit seiner, des Gekl. B, Tochter ein Liebesverhältnis unterhalten, aus welchem zwei Kinder, die bereits gestorben sind, entsprossen waren. Es sei nun ausgemacht gewesen, dass der C die Tochter des B heiraten solle, aus welchem Grunde auch keine Alimentationsansprüche gegen C klagbar gemacht wurden. Als nun C am Todtenbette lag und sah, dass er seiner eingegangenen Verpflichtung, die Tochter des B zu heiraten, nicht nachkommen könne, habe er, zu Letzterer gewendet, in Gegenwart seines Vaters, des A, und anderer Personen folgende Erklärung abgegeben: „Heute ist mein letzter Tag, damit sie in der Welt keinen Verstoss hat, so gehört das, was der Vater unten hat, ihr“, mit welcher Erklärung C gemeint hat, dass die 703 fl., welche A unten, nämlich bei der Familie des B hatte, der Tochter des B gehören, rücksichtlich dem B geschenkt sein sollen. A habe diese Verfügung seines Sohnes C vernommen und nichts darauf erwidert, demnach stillschweigend zu diesem Schulderlass eingewilligt und sich aller seiner Forderungsansprüche begeben. Hierüber entgegnet der Kl., dass ihm selbst und nicht seinem Sohne C der Gekl. B den Betrag von 703 fl. schuldig war, dass C demnach nicht berechtigt war, über diese in das Vermögen seines Vaters gehörige Forderung zu verfügen, dass übrigens C seiner Erklärung den Beisatz, „darüber muss die Nettl den Benedict heiraten“ beigefügt, somit der Schulderlass von der Verehelichung seines, des C, Bruders mit der Tochter des B abhängig gemacht habe, und dass endlich aus dem Umstande allein, weil er, Kl., auf die Erklärung seines Sohnes nichts erwidert habe, nicht geschlossen werden kann, dass er hiemit einverstanden war, indem er nur, um seinen sterbenden Sohn nicht aufzuregen, geschwiegen habe. Was nun die von den Streittheilen geführten Zeugenbeweise anbelangt, so haben Josef S., Anna B., Benedict A jun. und Anna A den vom Gekl. behaupteten Wortlaut der Verfügung des C bestätigt, und während die Zeugin Anna B (Tochter des Gekl.) angiebt, dass der Kl. zu der von C abgegebenen Erklärung geschwiegen habe, bestätigen die

Zeugen Josef S und Benedict A jun. (Sohn des Kl.), dass der Kl. sogar zu der den Schulderlass enthaltenden Erklärung seines Sohnes durch ein vernehmliches „Ja“ seine Zustimmung gegeben habe; dazu kommt noch, dass nach Angabe des gleichfalls unbetheiligten Zeugen N der Kl. sein Einverständnis auch später nochmals bekundet hat; denn als nach Entfernung der übrigen Zeugen der C zu seinem Vater (Kl.) sagte: „Vater, jetzt ist der N (Zeuge) da, dass der Vater weiss, was drunten ist, bleibt drunten“, habe der Kl. erwidert: „das lassen wir eh' drunten“. Der Gekl. hat demnach für seine Behauptungen einen vollen Beweis erbracht, während es dem Kl. durch die genannten Zeugen nicht zu erweisen gelang, dass C den Schulderlass davon abhängig gemacht habe, dass sein Bruder Benedict die Tochter des Gekl. heirate, abgesehen davon, dass die Letztere noch immer bereit ist, diese Heirat einzugehen. Es ist nun allerdings richtig, dass der C nicht berechtigt sein konnte, eigenmächtig über die Forderung seines Vaters zu verfügen, es ist weiters auch richtig, dass der Umstand allein, dass der Kl. die Verfügung seines Sohnes mit Stillschweigen begleitete, oder dieselbe sogar bejahte, wenn ein Rechtsgrund sonst nicht vorlag, eine Verbindlichkeit des Kl., dem Gekl. die Schuld zu erlassen, nicht begründen konnte. Anders verhält sich jedoch die Sache in diesem Falle. Der Kl. wusste recht gut, dass die Tochter des Gekl. B, welche mit seinem, des Kl., Sohne C zwei uneheliche Kinder gehabt hatte, gegen denselben vermögensrechtliche Ansprüche zu stellen berechtigt war, die so ziemlich dem empfangenen Darlehen entsprechend waren, und die sie, sei es mit Rücksicht auf die beabsichtigte Heirat mit dem Kindesvater, sei es, weil ihr Vater eben das Darlehen von 703 fl. erhalten hatte, geltend zu machen unterliess. Bei dieser Sachlage ist aber die Zustimmung des Kl. zu der Verfügung seines Sohnes von ganz besonderer Bedeutung; es liegt in dieser Zustimmung eine zwischen dem Kl. und seinem Sohne getroffene Vereinbarung, ein vollgiltiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 861, rücksichtlich des § 1392 bGb., wodurch der Kl. seine Forderung von 703 fl. mittelst Cession seinem Sohne übertrug und Letzterer demnach befugt war, hiemit weiter zu verfügen und sie dem Gekl. auch zu erlassen.

Das OLG. erkannte nach dem Klagebegehren. Gründe: Wenn auch zu einem Schulderlasse, durch welchen nach den §§ 1411 u. 1444 bGb. eine bestehende Verbindlichkeit aufgehoben wird, eine besondere Form im Sinne des § 943 bGb. und § 1 d des Ges. v. 25. Juli 1871 (RGB. 76) nicht erforderlich erscheint, so ist derselbe doch nach § 1381 bGb. als ein Vertrag anzusehen, dessen Wirksamkeit an die Bestimmungen der §§ 861 u. 864 bGb. gebunden ist. In dem vorliegenden Falle hat der angeblichen Entsagung des Kl. weder der Gekl., noch Jemand, der ihn nach § 1017 bGb. vorgestellt hätte, beigewohnt. Es fehlt somit die Grundlage des Vertrags. Nach den Processangaben soll die angebliche Entsagung über eine Erklärung seines sterbenden Sohnes durch Unterlassung von Einwendungen seitens des Kl. im Sinne des § 863 bGb. stillschweigend erfolgt sein. Abgesehen davon, dass die Bestimmungen der §§ 929, 935 u. 937 bGb. den Schluss zulassen, dass Verzichte auf Rechte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. würde die Unterlassung von Einwendungen des Kl. auch darin ihren Erklärungsgrund finden, dass er durch eine ausdrückliche Weigerungserklärung seinen sterbenden Sohn nicht aufregen wollte, und hienach die Voraussetzung des § 863 bGb., dass mit Ueberlegung aller Umstände kein Zweifelsgrund mehr übrig bleibe, mangeln. Die Mehrantworten der Zeugen Josef S und Benedict A jun., wonach Kl. die Erklärung seines Sohnes mit einem „Ja“ begleitet habe. können nicht berücksichtigt werden, weil es nach §§ 6, 104 u. 147 aGO. Sache des Gekl. gewesen wäre, dies zu behaupten und unter Beweis zu stellen. Die erste Aeusserung des C, mit welcher jene in Gegenwart des Zeugen N im Zusammenhange steht, ist zudem derart gehalten, dass daraus nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen ist, dass der Gekl. der Bedachte ist. Im Gegentheile deuten die Worte: „damit sie keinen Verstoss hat, soll das, was der Vater unten hat, ihr gehören“, in Verbindung mit dem Umstande, dass die Tochter des Gekl. gegenwärtig war, und dass der C die Aeusserung nach der unwidersprochen gebliebenen Angabe der Einrede, zur Tochter des Gekl. gewendet, machte, darauf hin, dass es sich um eine letztwillige Verfügung handelt, durch welche der Tochter des Gekl. eine Forderung des Vaters des Testators gegen den Gekl. vermacht werden sollte; dass diese mündliche letztwillige Verfügung, abgesehen von dem Bedenken gegen

die Form wirkungslos wäre, zeigt die Bestimmung des § 662 bGb. Ebenso wenig ist nach dem Wortlaute und Sinne der Erklärungen des C. denen der Kl. zugestimmt haben soll, die Annahme einer Cession bezüglich der Forderung von 703 fl. an den C haltbar. Mit Rücksicht auf das Gesagte und die Zugeständnisse des Gekl. ist derselbe gemäss §§ 983, 984 u. 904 bGb. zur Zahlung des Darlehensbetrags von 703 fl. verpflichtet.

Der OGH. fand das erstr. U. wieder herzustellen. Gründe: Nach dem Ergebnisse der Processführung erscheint es als unstreitig, dass die Worte, welche der Sohn des Kl. auf seinem Todtenbette im Herbste 18·3 an den Kl. richtete, eine Aufforderung zum Erlasse der hier in Frage stehenden Schuld enthielten. Ausser Zweifel gestellt ist es auch, dass dieser Aufforderung des Sterbenden das Bewusstsein zugrunde lag, die Folgen eines der Tochter des Gekl. gegenüber begangenen Verschuldens nicht mehr tilgen und das ihr gegebene Eheversprechen nicht mehr einlösen zu können. Durch die Aussagen der vernommenen Zeugen ist es aber dargethan worden, dass der Kl. sich in Beziehung auf die Aufforderung seines sterbenden Sohnes nicht nur nicht ablehnend verhielt, sondern vielmehr eine zustimmende Erklärung abgab. Die Ernstlichkeit dieser Erklärung lässt sich nicht in Zweifel ziehen, da dieselbe in Gegenwart mehrerer Personen, unter denen sich auch die Tochter des Gekl. befand, in deren Interesse der von dem Sterbenden gewünschte Schulderlass intentioniert worden ist, gemacht wurde, und da der Kl. seine Erklärung überdies nach dem Erscheinen eines neu hinzugekommenen Mannes, den der sterbende Sohn zum Zeugen angerufen hatte, mit solchen Worten wiederholte, welche die Gewährung des Schulderlasses zum deutlichen Ausdrucke bringen. Hiezu kommt, dass der Kl. nach diesem Vorfalle nahezu 5 Jahre verstreichen liess, bevor er die schon seit dem Jahre 1877 bestehende, unverzinsliche Forderung geltend zu machen versuchte. Die Behauptung des Kl., dass sein Sohn die Gewährung des Schulderlasses von der Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht wissen wollte, erscheint durch das Ergebnis des Zeugenbeweises als geradezu widerlegt. In Beziehung auf die Beweiswürdigung ist hervorzuheben, dass die Aussagen der Zeugen über die Worte, deren sich der Kl. bediente, nicht unberücksichtigt bleiben können, da diese Aussagen augenscheinlich das Beweisthema betreffen, welches in der Behauptung liegt, welche der, nicht durch einen Advocaten vertretene Gekl. über das Verhalten des Kl. aufgestellt hatte, und bezüglich deren die behauptete Zustimmung, nicht aber die Art, in welcher die Zustimmung erkennbar wurde, als wesentlich anzusehen ist. Ein anderes Vorgehen würde gegen den principiellen, durch die Reformen des Hfd. v. 7. Juli 1835 (JGS. 42), sowie des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69) wesentlich erweiterten Unterschied verstossen, welchen auch unsere Gesetzgebung zwischen dem Zeugenbeweise und dem Beweise durch einen normierten Parteieneid macht. Der Kl., welcher der Beweisaufnahme in Begleitung seines Vertreters beigewohnt hatte, fand sich übrigens weder bei der Protokollierung der Zeugenaussagen, noch nach derselben bestimmt, irgend eine Einwendung zu erheben. Auch die Erörterungen seiner Appellationsbeschwerde, welche den Aussagen der Zeugen über die von ihm gebrauchten Worte gewidmet sind, lassen erkennen, dass ihm der Gedanke an die Möglichkeit, diese Aussagen unberücksichtigt zu lassen, gänzlich ferne lag. Es erübrigt noch, zu untersuchen, ob ein Umstand vorliegt, welcher das Versprechen des Kl. der verpflichtenden Wirkung zu entkleiden vermöchte. Mit Unrecht glaubt der Kl. diese verpflichtende Wirkung aus dem Grunde bestreiten zu können, weil es an einem Austausche von Erklärungen der beiden Streittheile in Beziehung auf den hier in Frage stehenden Schulderlass fehle. Es kann hier davon abgesehen werden, dass das Versprechen des Kl. in Gegenwart der Tochter des Gekl. gemacht wurde, deren Interessen als identisch mit jenen des Gekl. angesehen wurden, sowie dass es nach der Sachlage einer ausdrücklichen Erklärung überhaupt nicht bedurfte, um aus derselben auf das Einverständnis des Schuldners mit einem ihm zugedachten Schulderlasse folgern zu können. Entscheidend ist aber, dass es sich im vorliegenden Falle um einen zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrag handelt. Aus der Natur eines solchen Vertrags ergiebt sich die auch in der grundsätzlichen Bestimmung des § 1019 bGb. zur Anerkennung gelangte Folgerung, dass die verpflichtende Wirkung eines solchen Vertrags nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der begünstigte Dritte sein Einver-

ständnis in Gemässheit der Zeitbestimmungen des § 862 bGb. zu erkennen gebe. Der Gekl., welcher sein Einverständnis durch das Erheben der Einwendung des Schulderlasses zum Ausdrucke bringt, muss demnach als berechtigt angesehen werden, vom Kl. zu verlangen, dass dieser das Versprechen des Schulderlasses erfülle, welches er seinem sterbenden Sohne, dem es an einem rechtlichen Interesse hieran nicht fehlte, gemacht hatte, und durch welches allerdings ein den Kl. verpflichtender Vertrag zwischen diesem und seinem Sohne zustande gekommen war.

413.

Wirkung der Cession eines Vermächtnisanspruchs: Unwirksamkeit der nachher von einem Dritten erwirkten zwangsweisen Einantwortung desselben.

(E. 6. April 1888, Z. 3579.)

C hat die ihm von der am 5. Aug. 1885 verstorbenen M vermachten, nach 2 Jahren zu entrichtenden 60 fl. am 10. Aug. 1885 dem A abgetreten und hievon die Erben nach M in Kenntnis gesetzt. Am 1. März 1886 wurde dieses Vermächtnis dem B, einem Gläubiger des C, executiv eingeantwortet, gegen den nun A eine Klage wegen Unwirksamerklärung dieser Einantwortung erhob. Dieser vom 1. R. abgewiesenen Klage wurde in den oberen Instanzen stattgegeben, vom OLG. aus folgenden, höchstrichterlich gebilligten Gründen: C konnte am 10. Aug. 1885 in wirksamer Weise das Legat übertragen, wie er es denn auch in der That auf den Kl. übertrug. Das vermachte Recht ist nemlich nichts anderes als ein theilweises Erbrecht, welches nach dem Tode des Erblassers wirksam zu werden beginnt. Sowie der Verkauf der ganzen Erbschaft nach dem Tode des Erblassers wirksam ist, ebenso kann auch die Cession des Vermächtnisses in wirksamer Weise stattfinden und letzteres umso eher, da dem Legatar das Vermächtnis von dem Richter nicht eingeantwortet, derselbe vielmehr nur einfach von dem Anfall des Legats zur Benehmungswissenschaft in Kenntnis gesetzt wird und wenn die Bekanntgabe von Seite des Richters nicht erfolgen würde, dem Rechte des Vermächtnisnehmers hiedurch nicht im mindesten präjudiciert würde. Genug, dass er davon wisse, dass ihm das Legat hinterlassen worden und dass die Person, welche es ihm hinterlassen, verstorben sei, damit er bei Fälligkeit die Auszahlung des Legats erlangen könne. Ein Vermächtnis in Geld bildet eine Forderung des Vermächtnisnehmers an die Verlassenschaftsmaasse oder gegen die Erben und zur Uebertragung dieses Forderungsrechts auf Andere genügt die Cessionsurkunde, womit nicht nur der Titel, sondern die Forderung selbst übertragen wurde. Der Umstand, dass der Vermächtnisnehmer C bei der Verlassenschaftsabhandlung mitgewirkt und unter Verschweigung der Abtretung seines Vermächtnisses dessen Versicherung angenommen hat, kann die früher bereits erworbenen Rechte des Kl. nicht schädigen.

414.

Zugehörigkeit der Forderung aus einer auf den Inhaber lautenden Lebensversicherungspolizze in den Nachlass des Versicherten.*

Vgl. oben Nr. 304, dann Bd. VI Nr. 277 mit Nachw.

(E. 10. Juli 1889, Z. 7938. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 492.)

Nach dem Ableben des in Wien wohnhaft gewesenen A wurde dem Gerichtscommissär die Inventur des Nachlasses unter Beiziehung des Erbenvertreters Dr. B aufgetragen; der Gerichtscommissär entsprach dem Auftrage und übernahm von dem Gemeindeamte des V. Wiener Gemeindebezirks, welches die sicherstellungsweise Sperre der erblasserischen Wohnung vorgenommen hatte, die Effecten und

* S. über diese Frage die EE. 27. Jän. 1874, 21. Juli 1875, 31. August 1875, 30. Mai 1876, 20. Sept. (unrichtig 30. Juni) 18 7, 5. Oct. 1877, 4. April 1882, 7. Nov. 1883, 11. März, 1884, 28. März 1884, 14. Jän 1885, bei G. U. Nr. 5232. 5801. 5842. 6163. 6559. 6571. 8943. 9646. 9930. 9959. 10382; dann 31. Oct. 1888 in C. VII Nr. 304, und vgl. hiezu Hofmann in JBl. 1882 Nr. 35 ff.

Fahrnisse des A, worunter sich auch eine auf den Namen des Letzteren lautende Lebensversicherungspolizze auf 2000 Mk. Deutscher Reichswährung befand. Der Gerichtscommissär führte die Polizze im Inventar an und folgte dieselbe dem Dr. B als Erbenvertreter aus. Die Verlassenschaftsgläubigerin C zeigte nun an, dass Dr. B auf Grund der erwähnten Polizze bei der betreffenden Versicherungsgesellschaft den Betrag von 2000 Mark als Ueberbringer der Polizze in Empfang genommen habe, und stellte das Begehren um Ertheilung des Auftrags an Dr. B, den von ihm erhobenen Betrag zur Verfügung der Verlassenschaftsgläubiger depositenämtlich zu erlegen. Nach Einvernehmung des Erbenvertreters und Vorlage der Abschrift der gedachten Polizze warde vom 1. R. das Begehren der C abgewiesen und dem Gerichtscommissär aufgetragen, die Polizze aus der Inventur des A auszuscheiden. Dieser Bescheid wurde über Recurs der C vom OLG. bestätigt und dabei insbesondere hervorgehoben, dass der von dem Erblasser zu Gunsten des Inhabers der Versicherungspolizze, also zu Gunsten eines Dritten abgeschlossene Versicherungsvertrag nur diesem Dritten im Falle des Ablebens des Versicherers ein Recht auf den versicherten Betrag gebe; dieser gehöre nach § 531 bGb. nicht in den Nachlass des Versicherers, weil er niemals ein Recht auf denselben erlangt habe.

Dem a. o. Revisionsrecurse der C stattgebend, fand der OGH. die unterr. EE. abzuändern und dem 1. R. aufzutragen, die erhobene Versicherungssumme nebst den nach dem Inhalte des Versicherungsvertrags etwa gebürenden Dividendenscheinen als einen Gegenstand der Verlassenschaft des A zu behandeln und die zu diesem Zwecke erforderlichen Verfügungen zu treffen, weil einem an der Ermittlung eines Nachlasses interessierten Verlassenschaftsgläubiger das Recht nicht verwehrt werden kann, auf die Vervollständigung des Inventars hinzuwirken, weil der Erblasser von dem ihm laut des Versicherungsvertrags vorbehaltenen Dispositionsbefugnisse keinen Gebrauch gemacht und über den Versicherungsanspruch weder bei Errichtung des Vertrags noch in der Folge durch einen Act unter Lebenden verfügt hat, weil die auf den Inhaber lautende Polizze sich zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Besitze befunden hat, weil die Polizze, bez. der durch dieselbe beurkundete Anspruch demnach als ein Bestandtheil der Verlassenschaft angesehen werden muss, weil die Berechtigung der Erben, sich in den Besitz der Polizze zu setzen und über dieselbe zu verfügen, nur aus dem gesetzlichen Erbrechte abgeleitet werden kann, und weil daher die unterger., die Rechtslage verkennenden EE. gemäss § 16 des Pat. v. 9. August 1854 (RGB. 208) abgeändert werden müssen.

B. Handels- und Wechselrecht.

415.

1. Vorzeitiger Austritt oder vorzeitige Entlassung aus dem Dienst? Anspruch des ohne rechtlichen Grund vorzeitig entlassenen oder wegen Nichtzahlung seines Lohns vorzeitig ausgetretenen Handlungs- (Gewerbe-) Gehilfen auf den Lohn für die (gesetz- oder vertragsmässige) Kündigungsfrist. — 2. Abredewidrige Ausfertigung einer Vertragsurkunde: Geltung der mündlichen Abrede.

(E. 25. Oct. 1888, Z. 12416.)

A war durch Vermittlung des C für die Puppenfabrik des B als Arbeiter mit einem Wochenlohne von 20 Mark für drei Jahre engagiert worden, erhielt aber während der Vertragszeit durch drei Wochen keine Beschäftigung und klagte hierauf, nachdem er dem B vergebens seine Dienste angeboten hatte, den dreimonatlichen Lohn ein. Der 1. R. erkannte ihm nur einen Lohn für drei Wochen zu. Das OLG. verurtheilte den B zur Zahlung eines sechswöchentlichen Lohns unbedingt und eines weiteren sechswöchentlichen Lohns für den Fall, wenn Kl. den ihm zurückgeschobenen Eid: „dass er das Schreiben des C ddto. 8. Nov. 1882 nach seinem besten Wissen für echt halte." ablegt. Gründe: Belangend den mit der

dieser Rechtssache zugrunde liegenden Klage erhobenen Lohnanspruch, so stimmen beide Streittheile darin überein, dass der Gekl. für seine Spielwaarenfabrik durch den Bevollmächtigten C mit Vertrag ddto. 1. Nov. 1882 den Kl. zur Puppenfabrication auf die Dauer von drei Jahren um einen Arbeitswochenlohn von 20 Reichsmark in die Arbeit aufgenommen hat. Nach § 72 der GewO. ist das durch diesen Vertrag zwischen dem Gekl., als selbständigen Gewerbetreibenden und seinem Gehilfen, dem Kl. (§ 73 ibid.), geschaffene Rechtsverhältnis in erster Linie nach den Bestimmungen der GewO. zu beurtheilen. Der Gekl. hat zugestanden, dass der Kl. die ihm anvertrauten gewerblichen Verrichtungen bis zum 31. März 1883 besorgt hat; er hat aber auch anderseits keine solchen Thatsachen erwiesen, welche ihn dem Kl. gegenüber nach § 78, Z. 1, alin. a bis f der GewO. am 31. März 1883 zu einer sofortigen vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigten. Insoferne nun der Gekl. zugestandenermaassen um diese Zeit durch seinen Werkführer dem Kl., weil er für denselben keine Arbeit hatte, mittheilen liess, inzwischen, bis wieder für ihn geeignete Arbeit vorhanden sei, die Arbeit durch zwei bis drei Wochen auszusetzen und insoferne der Erstere dem Kl. für diese Zeit der Arbeitseinstellung den entfallenden Wochenlohn auszuzahlen unterliess, hat derselbe einseitig den Vertrag gebrochen; denn nach §§ 919 und 1160 bGb. durfte er einseitig von dem Vertrage nicht abgehen, ja nicht einmal vor Ablauf der vertragsmässigen Zeit ohne rechtmässigen Grund den Kl. verabschieden und es stand ihm zwar frei, auf die Dienstleistung des Kl. zu verzichten, wodurch aber das Recht des Letzteren auf dasjenige, was ihm als Lohn für die Dienstleistung, zu welcher er bereit war, vertragsmässig zugesichert wurde, nicht beirrt wurde. Nach dem Vorangeführten ist sonach als erwiesen anzunehmen, dass der Gekl. mit dem 31. März 1883 verhindert war, dem Kl. Beschäftigung und Verdienst zu geben, es ist weiters erwiesen, dass der Gekl. dem Kl. die bedungenen Bezüge für die Zeit der Arbeitseinstellung vom 1. April bis 21. April 1883 ungebürlich vorenthalten hat. Steht dies aber fest, dann war der Kl. nach § 78, Z. 2, alin. d und e der GewO. zur sofortigen Aufhebung des mit dem Gekl. geschlossenen Arbeitsvertrags berechtigt und der Gekl., welcher durch Verschulden von seiner Seite Grund zur vorzeitigen Auflösung des Dienstverhältnisses gegeben hat, ist nach § 79 GewO. verpflichtet, dem Kl. den vertragsmässig bestimmten Lohn für den noch übrigen Theil der Kündigungsfrist zu vergüten, und zwar dies auch in dem Falle, wenn der Kl. sich nach Ablauf der fraglichen drei Wochen der Arbeitssistierung sich zur Arbeitsleistung in der Fabrik des Gekl. nicht gestellt hat. Die gegentheilige, von dem Gekl. aufgestellte Behauptung, welche seine Verpflichtung zur Bezahlung des dem Kl. vom 1. R. für die Zeit vom 1. April bis 21. April 1883 zuerkannten Lohnbetrags von 60 Reichsmark nur dann als gerechtfertigt erachten will, wenn der Kl. nach Ablauf dieser Zeit sich wieder zur Arbeitsleistung in seiner Fabrik gestellt hätte, findet daher im Gesetze keinen Halt, weshalb das erstr. U. in diesem Punkte bestätigt werden musste. Aus dem Vorangeführten muss aber noch weiter gefolgert werden, dass dem Kl. im Hinblick auf die Ausführungen des Gekl., welcher, gestützt auf den oberwähnten Vertrag, nur eine sechswöchentliche Kündigungsfrist als zu Recht bestehend anerkennen will, auch noch weiter das Recht zusteht, auf Bezahlung des für diese ganze sechswöchentliche Kündigungsfrist, somit für eine über den 21. April 1883 hinausreichende Zeitdauer, nemlich für die Zeit vom 22. April bis inclusive 12. Mai entfallenden Lohns im Betrage von 60 Reichsmark zu dringen, weshalb demselben auch dieser weitere Betrag unbedingt zuzuerkennen und das erstr. U. in diesem Sinne abzuändern war. Endlich beansprucht Kl. die Bezahlung des Lohns noch für die weitere Zeit vom 13. Mai bis 2. recte 1. Juli 1883 und begründet dieses Begehren mit der Behauptung, dass zwischen ihm und dem Gekl. eine vierteljährige Kündigung bedungen worden sei. Es ist zwar richtig, dass in dem mehrerwähnten Dienstvertrage vom 1. Nov. 1882 eine Kündigungsfrist von sechs Wochen festgesetzt erscheint; wenn jedoch der Kl. die von dem Gekl. bestrittene Echtheit des Schreibens des C ddto. 8. Nov. 1882 zu erweisen vermag, so steht die Berechtigung auch dieses Theils des Klageanspruchs nach § 79 der GewO. ausser Zweifel, weil C in diesem Schreiben ausdrücklich erklärt hat, dass bei den aufgenommenen Arbeitern, unter welche zugestandenermassen auch der Kl. gehört, eine einvierteljährige Kündigung gelten soll, und dass es weiters

keine Contractsänderung braucht, da die Contracte doch nur pro forma sind. wobei er gleichzeitig den Adressaten D ermächtigte, Contracte in seinem Namen abzuschliessen und weil ferner das Geständnis des Gekl. in Verbindung mit dem Inhalte des Schreibens desselben, ddto. Smichow, 9. Nov. 1882, welches als echt anerkannt wird, nicht nur die Berechtigung des C zur Zugestehung einer einvierteljährigen Aufkündigungsfrist, sondern die ausdrückliche Genehmigung eines diesbezüglichen Uebereinkommens, falls es wirklich geschlossen wurde, seitens des Gekl. ausweist, somit hiedurch der Beweis geliefert erscheint, dass, wenn selbst die sechswöchentliche Kündigungsfrist in rechtsverbindlicher Weise in den Vertrag aufgenommen worden ist, durch die erwähnte nachträgliche Abmachung es von der Stipulation einer sechswöchentlichen Kündigung das Abkommen gefunden hat und dass an deren Stelle eine vierteljährige Kündigung getreten ist.

Der OGH. bestätigte das o. g. U. Gründe: Aus dem Inhalte der Klage und dem ausdrücklich die Zahlung eines blos dreimonatlichen Lohns ansprechenden Klagebegehrens ergiebt sich zweifellos, dass die Klage auf die Bestimmung des § 79 der GewO. gestützt wird. Dieser aber findet vorliegend volle Anwendung, da abgesehen davon, dass der Gekl. dem Kl. einen Lohn für die Zeit nach dem 31. März 1883 nicht bezahlte, vielmehr den diesfälligen kl Anspruch selbst für die Zeit vom 1. bis 21. April 1883 auch noch im vorliegenden Processe bestritt (§ 78. Z. 2 d der GewO.), die dem Kl. seitens des Gekl. zugekommene Weisung, die Arbeit für 2 bis 3 Wochen einzustellen, unter den obwaltenden Umständen thatsächlich als Entlassung aufzufassen ist, da der Gekl. zugab, dass der Kl. durch seinen Rechtsfreund an ihn einen Brief richtete, dass dieser Brief auch in seine Fabrik gelangte und für ihn übernommen, von ihm aber gar nicht beantwortet wurde, der durch die Aussage der unbedenklichen Zeugen bewiesene Inhalt dieses Briefs aber keinen Zweifel über die Auffassung jener Weisung als Entlassung aus der Arbeit aufkommen lässt, diese Entlassung aber durch den in beiden Instanzen, somit rechtskräftig erfolgten Zuspruch des Lohns für die diesfällige Zeit als eine unbegründete anerkannt ist. Hieraus ergiebt sich die volle Berechtigung des Zuspruchs des Lohns für weitere drei Wochen, somit für sechs Wochen, als die vom Gekl. behauptete Kündigungsfrist. Belangend endlich die Frage über den Bestand einer nicht blos sechswöchentlichen, sondern einer vierteljährigen Kündigungsfrist, so ist auch diesfalls der o. g. Auffassung beizupflichten. In dieser Beziehung wird unter Verweisung auf die o. g. Begründung bemerkt, dass die Bestimmung des § 887 bGb. dann nicht angerufen werden kann, wenn eine Bedingung in den schriftlichen Vertrag nur zum Scheine aufgenommen wurde, dass dies bezüglich einer sechswöchentlichen Kündigungsfrist gemäss dem Briefe ddto. 8. Nov. 1882 der Fall war und dass dem Satze: „es brauche keine Contractsveränderung" nur der Sinn beigelegt werden kann, es sei mit den Arbeitern bereits ursprünglich eine vierteljährige Aufkündigung vereinbart worden, dass bei der Frage über die Rechtswirksamkeit dieser Erklärung des C für seinen Vollmachtsgeber, den Gekl., nicht ausser Acht gelassen werden kann, dass der schriftliche Vertrag, dessen Aenderung C als überflüssig erklärt, nicht etwa unmittelbar an den Gekl., sondern eben an C eingesendet wurde; dass endlich auch die Hinweisung des Gekl. auf seinen an D gerichteten Brief vom 13. Nov. 1882 und auf die mit Letzterem vor dem Beginne der Arbeit in Prag gepflogene Unterredung in dem vorliegenden Processe nicht berücksichtigt werden kann, da aus demselben eine Beziehung auf die den Arbeitern von C zugestandene vierteljährige Kündigungsfrist nicht ersichtlich ist, dass sich sonach der o. g. zugelassene Beweis der Echtheit jenes C'schen Schreibens allerdings als entscheidend darstellt.

416.

Handelsgewerblicher Charakter des Ankaufs von Baumaterialien für ein Fabriksgebäude?

(E. 24. Aug. 1888, Z 10031.)

Der vom 1. R. verworfenen Incompetenzeinwendung wurde vom OLG. stattgegeben. Gründe: Nach den eigenen Angaben des Kl. stützt derselbe seinen Klagsanspruch auf einen mit einer protokollierten Firma abgeschlossenen Kauf-

vertrag über verschiedene Baumaterialien. Dieser Vertrag ist, wenn auch diese Materialien, zu dem Um- oder Zubau einer unbeweglichen Sache bestimmt waren. ein Vertrag, abgeschlossen über bewegliche Sachen, und die gesetzliche Vermutung streitet nach Art. 274 Hgb. dafür, dass dieser Vertrag auf Seite der contrahierenden Firma zum Betriebe ihres Handelsgewerbes gehörte, und nachdem die damaligen Gesellschafter der Firma nunmehr geklagt sind, so erheben die Gekl. mit Recht die Einwendung der Incompetenz des angerufenen Wiener LG., weil der Erstgekl. heute noch Inhaber einer protokollierten Firma ist und daher infolge § 38, Z. 2 des EinfG. z. HG. und Art. 274 Hgb. die Entscheidung des anhängig gemachten Rechtsstreits dem betreffenden Handelsgerichte zugewiesen ist. Der Gegenbeweis, dass der diesbezügliche Kaufvertrag auf Seite der contrahierenden Firma kein Handelsgeschäft gewesen sei, wäre umsomehr dem Kl. obgelegen gewesen, da aus den eigenen Angaben des Kl. hervorgeht, dass die angekauften Baumaterialien zum Um- und Zubau jener Gebäude verwendet wurden, in welchen die Asbestwaarenerzeugungsfabrik der contrahierenden Firma betrieben werden sollte und wird.

Der OGH. fand das erstr. U. wiederherzustellen, wobei erwogen wurde, dass der Ankauf von Materialien, die bestimmt sind, bei Herstellung eines Gebäudes verwendet zu werden, in welchem ein Handelsgewerbe betrieben werden soll, offenbar nicht als Handelsgeschäft im Sinne des Art. 273 Hgb. anzusehen ist, dass Art. 274 Hgb. im vorliegenden Falle nicht angerufen werden kann, da die Hinweisung auf den Gegenstand des nach der Behauptung der Klage geschlossenen Vertrags genügt, um jeden Zweifel an der gemeinrechtlichen Natur desselben als ausgeschlossen bezeichnen zu können und dass die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bezüglich des Erstgekl. auf § 26 JN. und bezüglich der Zweitgekl. auf § 41 JN. beruht.

417.

Handelsgewerblicher Charakter der Veräusserung von auf gepachtetem Grunde gewonnenem Mineralwasser?

(E. 5. Juni 1889, Z. 6610, — II. Senat. — Beil. z. JMVdgbl. 482).

Das Kreisgericht T forderte die Mineralwasserverkäufer A und B auf Grund des § 7 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche auf, ihre Gesellschaftsfirma zum Behufe der Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der gegen diesen Bescheid von den Aufgeforderten eingebrachte Recurs wurde vom OLG. zurückgewiesen, weil der von den Recurrenten betriebene Verkauf des Mineralwassers auf Grund eines Pachtvertrags besteht und dieselben daher das Eigentum des von ihnen verkauften Wassers gegen Entgelt erworben haben und weil ein solcher Erwerb unter den Begriff einer „anderweitigen Anschaffung" nach Art. 271, Z. 1 fällt und mit dem von einem Grundbesitzer besorgten Verkaufe eigener Producte nicht verglichen werden kann.

Der OGH. hat dem a. o. Revisionsrecurse des A und B Folge gegeben und ausgesprochen, dass es von dem den Recurrenten ertheilten Auftrage sein Abkommen erhält; denn der Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen muss, um als solcher ein Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271, Z. 1 Hgb. zu begründen, in der Absicht erfolgen, „um dieselben weiter zu veräussern". Aus diesem gesetzlichen Erfordernisse der Absicht, die Waare oder andere bewegliche Sache weiter zu veräussern, ergibt sich mit Notwendigkeit: einerseits, dass durch den Anschaffungsact sofort der Erwerb der bezüglichen beweglichen Sache zu Eigentum stattfinden muss, anderseits, dass die Waare, bez. andere bewegliche Sache an den Erwerber, an dessen Seite der Erwerb zu Eigentum ein Handelsgeschäft sein soll, veräussert worden sei, dieser also sie durch ein Rechtsgeschäft an sich gebracht haben muss. Die Bezahlung eines Entgelts für die Gestattung von originären Erwerbshandlungen ist nicht eine „Anschaffung" der zu gewinnenden Sachen und insbesondere fällt ein Miet- oder Pachtvertrag nicht unter die Anschaffungsarten des Art. 271, Z. 1. Ueberhaupt begründet die Urproduction, eben weil sie den Erwerb von Eigentum durch originäre Erwerbsarten vermittelt,

in dem Acte der Erwerbung durch den Producenten aber nicht auch eine Veräusserung an Seite eines Anderen gelegen ist, der Urproducent daher wohl veräussern, aber nicht weiter veräussern kann, keine „Anschaffung" im Sinne des Art. 271 Hgb., unter welcher vielmehr, dem gemeinen Sprachgebrauche entsprechend, lediglich „Erwerb zu Eigentum durch ein Rechtsgeschäft, und zwar gegen Entgelt" verstanden werden kann. Nachdem nun Kaufmann im Sinne des Hgb. gemäss Art. 4 nur derjenige ist, welcher Handelsgeschäfte gewerbemässig betreibt, die Ausbeutung einer Mineralwasserquelle, durch welche ein Handelsartikel, das zum Gebrauche geeignete Mineralwasser erst geschaffen wird, als eine Art der Urproduction unter den Begriff eines Handelsgeschäfts nicht fällt, also die Voraussetzung für die Annahme der Kaufmannsqualität an Seite der Recurrenten nicht gegeben ist, erscheinen die unterger. EE. im Gesetze offenbar nicht gerechtfertigt.

418.

Handelskauf gegen Angeld. Anspruch auf das doppelte Angeld bei Theilbarkeit der Leistung im Falle des Verzugs mit einem Theile der Leistung. Unterschied von mittelschön zu schön.

(E. 31. Oct. 1888, Z. 12511.)

A hatte von B dessen Heufechsung von 1886 mit ca. 3 bis 4 Fuhren zum Preise von 3 fl. 60 kr. per MCtr. gegen ein Angeld von 50 fl. gekauft und begehrte nun das doppelte Angeld, weil B der ausdrücklichen Verabredung entgegen nicht schönes und gutes Heu geliefert, sondern nur mittelschönes und mittelgutes Heu zu liefern versucht habe, die Erfüllung des Vertrags daher durch Verschulden des Gekl. unmöglich geworden sei. Der 1. R. hat der Klage für den Fall stattgegeben, wenn Gekl. den ihm aufgetragenen und von ihm angenommenen Haupteid: „es sei seines Wissens und Erinnerns nicht wahr, dass er dem Kl. vorgeschlagen habe, er (Gekl.) werde dem Kl. ein besseres Heu herabführen lassen, jedoch müsse Kl. das schon geführte mitübernehmen und unter das neu beizustellende mengen" nicht ablegt.

Das OLG. hat die Klage unbedingt abgewiesen. Gründe: Denn nach § 908 bGb. kann der doppelte Betrag des Angelds nur von dem schuldlosen Theile und nur dann begehrt werden, wenn der Vertrag durch Verschulden des anderen Theils nicht erfüllt wurde. Nach dem Ergebnisse der Verhandlung kann wohl kein Zweifel obwalten, dass der Vertrag von Seite des Gekl. nicht erfüllt wurde, indem die Beschaffenheit der ersten von ihm nach Kaumberg gestellten Fuhre Heu, wie der 1. R. zutreffend ausführt, der durch zwei Zeugen erwiesenen Vereinbarung, wonach schönes Heu zu liefern war, nicht entsprach, der Kl. also nicht verpflichtet war, diese Lieferung zu übernehmen, der Rest des Heues aber, wie Gekl. zugiebt, nicht geliefert wurde. In analoger Anwendung des § 1298 bGb. hat nun der Gekl. zu erweisen, dass er an der Erfüllung des Vertrags ohne sein Verschulden verhindert worden sei. Wenn man ganz davon absieht, ob das vom Gekl. nach Kaumberg gestellte Heu erst während des Transports infolge Regens verschlechtert wurde, oder ob es schon früher von minderer Beschaffenheit war, so ist doch sicher, dass die mangelhafte Beschaffenheit dieser einen Fuhre den Kl. nicht berechtigen konnte, auch die Uebernahme des Rests des zu liefernden Heues zu verweigern. Der Kl. kann sich nicht mit Grund darauf berufen, dass er zur Uebernahme des Heues nicht mehr verpflichtet gewesen, weil das Heu schon im Frühjahre hätte geliefert werden sollen. Denn die Vereinbarung zwischen den Contrahenten war selbst nach Angabe des Kl. keineswegs eine so präcise, dass von einer fest bestimmten Lieferzeit im Sinne des Art. 357 Hgb. die Rede sein könnte. Laut Briefs v. 8. Juli 1887 liess Kl. dem Gekl. mittheilen, dass er (Kl.), nachdem er Heuhändler sei, auf jenes Heu, welches im Mai oder Juni hätte geliefert werden sollen, aber nicht geliefert wurde, nicht weiter reflectiere. In der Replik giebt Kl. zu, dass ihm der Gekl. durch seinen Rechtsfreund bedeuten liess, dass er wohl auf die Fortsetzung der Lieferung bestehe, jedoch bereit sei, von der Heufechsung des Jahres 1887 besseres und schöneres Heu zu liefern. Damit hat der Gekl. seiner Bereitwilligkeit, die Lieferung fortzusetzen, unzweifelhaft

Ausdruck gegeben und kann der Antrag, schöneres Heu von der Ernte des Jahres 1887 zu liefern, nicht als Weigerung, dem Vertrage gemäss Heu vom Jahre 1886 zu liefern, angesehen werden. Hieraus geht hervor, dass der Gekl. bereit war, den Vertrag zu erfüllen, jedoch durch die Weigerung des Kl. daran gehindert wurde, und es kann somit nicht gesagt werden, dass den Kl. kein Verschulden treffe. An dieser Sachlage können jene Umstände, worüber der 1. R. den Haupteid zugelassen hat, nichts ändern, da die den Inhalt des Eides bildende Aeusserung des Gekl., wie Kl. selbst angiebt, nur ein Vorschlag war und darin selbst im Falle ihrer Erweisung eine Weigerung des Gekl., den Vertrag zu erfüllen, nicht erblickt werden könnte. Diese Umstände sind daher nicht entscheidend und es ist das Klagebegehren unbedingt, ohne auf diesen Eid abzugehen, abzuweisen, da die Voraussetzungen des § 908 bGb. nicht vorhanden sind.

Der OGH. stellte das erstr. U. wieder her. Gründe: Wenn Kl. die Zahlung des doppelten Angeldes per 100 fl. begehrt, so hatte er nach § 908 bGb. zu beweisen, dass der Vertrag infolge des Verschuldens des Gekl. nicht erfüllt ward. Mit Recht nun konnte Kl. die Uebernahme der erwähnten Fuhre Heu verweigern, weil Gekl. nach Inhalt der Aussagen der Zeugen vertragsmässig schönes Heu zu liefern hatte und der durchgeführte Sachkundigenbeweis ergeben hat, dass das von ihm angebotene Heu nur von mittlerer Güte und mittelschön sei und die mindere Qualität nicht den Einflüssen während des Transports zuzuschreiben sei, wie Gekl. zur Ablehnung seiner Haftung behauptet. Sicher ist es, dass Letzterer als vertragsbrüchig zu betrachten ist, wenn er über die Aufforderung des Kl. rücksichtlich dessen Rechtsfreunds, diese Fuhre Heu zurückzunehmen und anderes gutes Heu zu liefern, geantwortet hatte: „Nein, das Heu nehme ich nicht zurück, das muss Kl. behalten und ich werde das weitere schöne und gute Heu liefern“, da die ganze Lieferung aus schönem Heu zu bestehen hatte. Allein es ist nicht nötig, noch vorläufig auf die diesfalls angebotenen Beweise abzugehen, weil die Weigerung des Gekl., seiner Vertragspflicht nachzukommen, auch dann schon genügend feststeht, wenn Kl. durch den vom 1. R. zugelassenen Haupteid zu beweisen vermöchte, dass Gekl. zu dem Kl. geäussert hat, „er werde ihm ein besseres Heu herbeiführen lassen, jedoch müsse er das schon geführte Heu mit übernehmen und unter das neu beizustellende mengen“, namentlich wenn erwogen wird, dass Gekl. auch im Schreiben sich nur erboten hat, durchaus schönes, im Jahre 1887 gefechstes Heu zu liefern, zu dessen Annahme Kl., da er nur ein bestimmtes Heu aus dem Jahre 1886 gekauft hat, nicht verpflichtet war. Bei dieser Sachlage ist das weitere Anbringen des Gekl., dass er zu liefern sich bereit erklärt hat, schon wegen der Unbestimmtheit als Beweismoment nicht weiter in Betracht zu ziehen und hatte Kl. bei der so gearteten Weigerung des Gekl., den Vertrag zu erfüllen, keine Veranlassung, demselben etwa noch eine Nachfrist zur Erfüllung zu geben.

419.

Unstatthaftigkeit des nicht öffentlichen Selbsthilfeverkaufs bei Wertpapieren, die keinen Börse- oder Marktpreis haben.

(E. 7. Juni 1888, Z. 6486. — GH. 39)

Der Klage des A gegen B auf Zahlung einer Differenz von 275 fl. wurde vom 1. R. stattgegeben in der Erwägung, dass B zugibt, sich mittelst Schreibens verpflichtet zu haben, vom Kl. bis längstens 30. Sept. 1885 100 Stück Actien der Triester Volksbank zu dem Preise von je 53 fl. zu beziehen, auch zugibt, dieselben weder bezogen noch hiefür den verabredeten Preis entrichtet zu haben; dass mittelst Schlusszettel erwiesen ist (Art. 77 Hgb.), dass am 1. Dec. 1885 die erwähnten Actien durch den Handelsmäkler M um den Preis von je 50 fl. 50 kr. verkauft worden seien und B von diesem Verkaufe am 3. Dec. in Kenntnis gesetzt worden sei; dass die in Rede stehenden Papiere als Bankactien und kaufmännische Papiere einen Marktpreis haben müssen und haben, wie dies aus den im gegenwärtigen Rechtsstreite besprochenen Geschäften und aus dem Umstande hervorgeht, dass Bekl. stillschweigend zugegeben hat, am 1. Dec. 1885 sei jener Preis vom Mäkler M erzielt worden; dass Kl. die wesentlichen Er-

fordernisse seines Klagerechts dargethan hat, welches in den Art. 354 und 357 Hgb. begründet ist, da nemlich ein Fixgeschäft vorliegt, bei welchem weder ein öffentlicher Verkauf, noch eine vorläufige Mahnung, sondern nur eine nachfolgende Anzeige erforderlich ist, welche vorliegendenfalls vermittelst Briefs und sogleich darauf mittelst der heutigen Klage stattgefunden hat.

Vom OLG. wurde die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen: Es erscheint nicht nachgewiesen, weder dass die in Rede stehenden Actien einen Markt- oder Börsenpreis haben, noch dass dieselben an der Börse cotiert seien, und geht vielmehr aus der Zeugenaussage des C hervor, dass diese Actien an der Börse keinen Absatz haben und dass der Beweis dieses Umstands nur durch den Courszettel geliefert werden kann; es ist daher unzulässig, diesen Beweis, wie der 1. R. thut, aus dem Umstande der Anschaffung und des Verkaufs herzuleiten, welche einzelnen Geschäfte sicherlich nicht genügend sind, um einen Marktpreis zu begründen. Daraus folgt, dass zufolge der Bestimmungen der Art. 343, 354 und 357 Hgb., nachdem der Bekl. in Verzug war, der Kl. wohl nach vorläufiger Anzeige zur öffentlichen Veräusserung der Actien, nicht aber zu deren Verkaufe im Privatwege durch einen Handelsmäkler ermächtigt war, weshalb der Verkauf nicht als im Sinne des Art. 354 Hgb. für Rechnung des Bekl. erfolgt gelten und dem Kl. mithin kein Recht, Schadenersatz zu fordern, zugesprochen werden kann.

Der OGH. bestätigte die o. g. E. unter Hinweis auf deren Begründung und in der weiteren Erwägung, dass aus der Möglichkeit, für eine Waare oder ein Wertpapier einen Käufer zu finden, noch nicht hervorgeht, dass dafür ein Marktpreis besteht und dass Kl. in keinem Falle den Nachweis geliefert hat, welches der Marktpreis der in Rede stehenden Actien am 1. Dec. 1885 gewesen sei.

420.

Umfang des Provisionsanspruchs des Regressnehmers beim Rembourregress (WO. Art. 51).

(E. 9. Jän. 1889, Z. 14470 ex 1888.)

Auf die Wechselklage eines Indossanten, der den Wechsel eingelöst hatte, gegen den Acceptanten, den Aussteller und zwei Vorindossanten wurde den Gekl. die Solidarzahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten, dann von 10 fl. „Bankprovisionen“ und $^{3}/_{8}\%$ Provision aufgetragen. Ueber die vom Acceptanten gegen die Zahlungsauflage rücksichtlich des mit derselben erfolgten Zuspruchs der „Bankprovisionen“ per 10 fl. erhobenen Einwendungen, wurde die Zahlungsauflage vom 1. R. bezüglich dieser einen Post, welche der Kl. inzwischen auf 8 fl. restringiert hatte, aufgehoben.

Das OLG. hielt dieselbe im Ganzen, der OGH. nur hinsichtlich eines Theilbetrags von 6 fl. aufrecht. Gründe des OLG.: ... Das Erheblichste, was von Seite des Gekl. gegen den bezüglichen Anspruch vorgebracht wird, besteht darin, dass der Oesterr.-ungar. Bank keine Provision gebürt, weil sie es nicht war, die den Wechsel Mangels Zahlung protestieren liess, und dass überhaupt bei dem Abgange von Retourrechnungen Provisionsansprüche nicht erhoben werden können. In letzterer Beziehung vermag der Gekl., von dessen Seite eine directe Behauptung, dass bei der Regressnahme nicht nach der Reihenfolge der Indossamente vorgegangen wurde, was bei derartigen Instituten auch nicht wohl anzunehmen ist, nicht vorgebracht wurde, sich nur auf den Art. 54 WO. zu berufen. Allein dieser Artikel betrifft das Verhältnis zu einem Regresspflichtigen, dem die Mittel zur Geltendmachung der aus der Einlösung fliessenden Rechte zur Verfügung gestellt werden müssen, und bezieht sich zunächst auf eine die Quittierung enthaltende Rechnung Desjenigen, an den die Zahlung erfolgen soll, wogegen hier das Verhältnis zu dem direct zahlungspflichtigen Acceptanten in Frage kommt und es sich nicht um Retourspesen handelt, welche die Aufstellung einer Rechnung notwendig machen würden, sondern um die in der Wechselordnung selbst genau fixierte gesetzliche Provision. Was insbesondere die Oesterr.-ungar. Bank betrifft, so geht aus dem Wechsel hervor, dass dieser vor Verfall an die genannte



Bank gelangt ist, und das Nichteingehen erscheint durch den Protest constatiert. Wenn demnach der unmittelbare Vormann der Oesterr.-ungar. Bank die Besorgung der Protestlevierung auf sich genommen hat, so darf daraus noch nicht auf einen Verlust oder Verzicht bezüglich des aus dem Nichteingehen der Wechselsumme erwachsenen Provisionsanspruchs gefolgert werden, da offenbar die Provision als eine Entschädigung für die mit dem Ausbleiben der schuldigen Zahlung verbundene Störung in der Abwickelung des Geschäftsverkehrs anzusehen ist. Nach dem Gesagten konnten die nächsten Hintermänner des Kl. und dieser selbst den durch die Firma K & Bruder gestellten Anforderungen bezüglich eines Provisionsbetrags von 8 fl. nicht mit Aussicht auf Erfolg entgegentreten.

Gründe des OGH.: Allerdings kann die Revisionsbeschwerde des Erstgekl., insoferne dieselbe die schon in der Verhandlung geltend gemachte Behauptung aufrecht zu halten versucht, dass eine unzulässige Abänderung des in der Klage gestellten Begehrens vorliege, indem der Kl. im Laufe des Verfahrens anstatt der in der Klage begehrten Bankprovision über die Einwendung des Gekl., dass eine gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung einer solchen nicht existiere, nunmehr die Zahlung der in den Art. 50 u. 51 der WO. normierten Provision beansprucht habe, als eine begründete nicht erkannt werden, weil, wie schon das OLG. in seinen Urtheilsgründen in zutreffender Weise ausgeführt hat, mit vollem Rechte angenommen werden muss, dass der Kl. mit dem in der Klage als „Bankprovisionen“ bezeichneten Anspruche eben nur jene Provision gemeint hat, welche dem Wechselinhaber und dem Indossanten nach den cit. Art. der WO. unter den dort gedachten Voraussetzungen schon aus dem Gesetze gebürt. Es ergiebt sich dies ganz zweifellos aus dem Umstande, dass auf dem Wechsel thatsächlich vier Bankgeschäfte als Indossanten, bez. als Inhaber desselben aufscheinen, und dass der als „Bankprovision“ bezeichnete restringierte Betrag von 8 fl. ziffermässig genau jener je $1/3$ Procent von der Wechselsumme per 600 fl. entspricht, welche den auf dem Klagewechsel als Indossanten, resp. Wechselinhaber, erscheinenden Bankhäusern bei dem Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen gebüren würden. Wenn der Kl. in der Klage den Ausdruck „Bankprovisionen“ gebraucht hat, so ist dies allerdings eine nicht völlig richtige Bezeichnung, welche darauf zurückzuführen sein mag, dass der bezügliche Regressanspruch auch in den Retourrechnungen der Klage mit eben diesem Ausdrucke bezeichnet war, und Kl. hätte jeder diesbezüglichen Einwendung der Gekl. von vorneherein den Boden entzogen, wenn er sich des richtigen Ausdrucks „Provisionen der Banken“ bedient haben würde. Allein auch der vom Kl. gebrauchte Ausdruck lässt die Identität der von ihm in der Klage angesprochenen Bankprovisionen mit den seinen Nachmännern eventuell gebürenden gesetzlichen Provisionen schon mit Rücksicht auf den vorgedachten Umstand, dass a tergo des Wechsels vier Bankhäuser als Indossanten, bez. als Wechselinhaber erscheinen, ganz unzweifelhaft erkennen, und erscheint insbesondere durch eben diesen Inhalt des Klagewechsels selbst die Annahme des 1. R., als ob es sich um ein den Regresspflichtigen nicht berührendes Vermittlerhonorar der Banken handle, geradezu ausgeschlossen. Aber auch in der Hauptsache, das ist, insoweit sich dieselbe dagegen richtet, dass dem Kl. nebst der ihm zuerkannten dreimaligen $1/3$procentigen Provision noch weitere $4/3$procentige Provision zugesprochen wurde, ist die Beschwerde nur theilweise begründet. Die Oesterr.-ungar. Bank war wohl Inhaberin des Klagewechsels, aber nicht sie, sondern ihr Vormann, die Niederösterr. Escomptegesellschaft, hat Mangels Zahlung den Protest leviert, der Oesterr.-ungar. Bank steht daher ein Anspruch auf eine gesetzliche Provision nach Art. 50 WO. nicht zu und konnte daher aus diesem Grunde die Zahlungsauflage, sowie in Ansehung des vom Kl. selbst restringierten Betrags von 2 fl. auch in Ansehung eines weiteren Theilbetrags von 2 fl. aus dem unter dem Titel Bankprovisionen angesprochenen Betrage per 10 fl. nicht aufrecht erhalten werden, und hatte daher in diesem Punkte die Abänderung des o. g. U. zu erfolgen. Was aber den o. g. Spruch in Ansehung des restlichen Theilbetrags von 6 fl. anbelangt, war das U. des OLG. zu bestätigen, und zwar dies aus den o. g. zutreffenden Gründen und in der Erwägung, dass der Gekl. nicht für berechtigt erkannt werden kann, die von der Firma K & Bruder von der Mährischen Escompteanstalt und der Niederösterr. Escomptebankgesellschaft in Anspruch genommene Provision von je $1/3$ Procent zu beanständen, weil der

Wechsel das Indossament dieser Firma an sich trägt, dieser ihr Anspruch sonach im Art. 51 WO. begründet ist; dass es weiter genügend ist, wenn der jeweilige Wechselinhaber seinem Vormanne seine eigene Retourrechnung überschickt, weil derselbe für berechtigt erkannt werden muss, jene Retourrechnung, welche er selbst von seinem Nachmanne erhalten hat, zu seiner eigenen Deckung zurückzubehalten; und in der Erwägung, dass die von K & Bruder ihrem Vormanne übersendete Retourrechnung nicht quittiert sei, für den Kl. ohne Belang ist.

421.

Anspruch auf Verzugszinsen und Kosten aus einem zur Zahlung nicht präsentierten, nicht domicilierten Wechsel?

Vgl. oben Nr. 312.

(**Plen.**-E. 25. Juni 1889, Z. 6779. — Beil. z. JMVdgsbl. 490.)

Gegen den Zahlungsauftrag erhoben die Gekl. die Einwendung, dass der Klagewechsel ihnen nicht zur Zahlung präsentiert worden und infolge dessen sie zur Zahlung der begehrten Zinsen und der Kosten nicht verpflichtet seien. In den Vorinstanzen wurde die Einwendung abgewiesen und der Zahlungsauftrag mit Rücksicht auf die nach Zustellung der Klage erfolgte Zahlung der Wechselsumme und Restringierung des Begehrens auf die Zinsen und Kosten aufrecht erhalten, vom OLG. aus nachstehenden Gründen: Nach dem bGb. tritt die Verpflichtung zur Zahlung der Verzugszinsen auch ohne Einmahnung dann ein, wenn der Schuldner den im Vertrage bestimmten Zahlungstag nicht einhält. Die Wechselordnung erklärt, dass die 6procentigen jährlichen Zinsen vom Verfallstage des Wechsels an zu zahlen sind, und wenn auch diese Anordnung nur in den Art. 50 u. 51 WO. enthalten ist, kann es doch nicht bezweifelt werden, dass dem Wechselinhaber auch gegen den Acceptanten des Wechsels in Beziehung auf die Zinsen das nemliche Recht zustehe (Art. 81 WO.).

Der OGH. hat den Zahlungsauftrag aufgehoben und das Klagebegehren abgewiesen. Gründe: Die beiden Untergerichte erkennen gleichförmig, dass der directe Wechselschuldner, dem der (nicht domicilierte) Wechsel zur Zahlung nicht präsentiert worden ist, mit dem Tage des Verfalls der Wechselsumme in mora ist. Diese Rechtsansicht ist unvereinbar mit dem Wesen eines Wechsels, der als Inhaberpapier vor und nach der Verfallszeit beliebig circulieren kann. Der Wechselgläubiger hat die Zahlung zu „fordern“ (Art. 40 WO.), er hat sich daher zum directen Wechselschuldner zu begeben und ist der Letztere nicht verpflichtet, die Wechselsumme dem Gläubiger zu überbringen. Solange daher der Wechselgläubiger die Zahlung nicht „gefordert“ hat, trifft den (directen) Wechselschuldner keine Verzögerung. Ueberdies ist der Wechselschuldner „nur gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen verpflichtet“ (Art. 39 WO.). Die im Art. 40 WO. dem directen Wechselschuldner eingeräumte Befugnis, die Wechselsumme bei Gericht zu erlegen, ist keine Verbindlichkeit desselben. Von diesem Rechte kann der Schuldner (da er ein Interesse hat, die Gefahr des geschuldeten Betrags nicht zu tragen und diese Gefahr auf den säumigen Gläubiger zu überwälzen) Gebrauch machen; wenn er es nicht thut, trifft ihn blos deshalb noch keine Zahlungssäumnis. Aus der Vorschrift des Art. 50 WO. kann keine Folgerung für die aufgeworfene Frage abgeleitet werden, weil diese Gesetzesstelle von Regressansprüchen des Wechselinhabers gegen Dritte spricht und die Präsentation zur Zahlung voraussetzt.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

422.

Bemessung der Nachlassgebüren zum allgemeinen Versorgungsfonde von dem Nachlasse eines in Wien Verstorbenen: Abrechnung der ausgesetzten frommen Legate.

Vgl. Bd. II Nr. 376.

(E. 23. Juli 1889, Z. 8629. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 494.)

In der Verlassenschaftsabhandlung nach dem A, welcher unter anderen frommen Legaten den Armen Wiens den Betrag von 2000 fl. vermacht hatte, wurde erstrichterlich von dem mit 56.581 fl. 21 kr. ermittelten reinen Nachlasses der 1percentige Beitrag zum Wiener allgemeinen Versorgungsfonde, mit Abrechnung der von dem A in seinem Testamente ausgesetzten frommen Legate im Gesammtbetrage von 5500 fl., auf 510 fl. 81 kr. bemessen. Hiegegen recurrierte der Wiener Magistrat in Vertretung des besagten Versorgungsfonds. Das OLG. fand den erstr. Bescheid dahin abzuändern, dass der von dem obigen Nachlasse zu entrichtende Beitrag zum Wiener allgemeinen Versorgungsfonde mit 565 fl. 81 kr. bemessen wird, dies in der Erwägung, dass nach dem Hfd. v. 30. Aug. 1806 (JGS. 782) die Abgabe zum Wohlthätigkeits-, bez. zum Versorgungsfonde in Wien von dem reinen Verlassenschaftsvermögen, also von dem nach Abzug der Schulden und anderen schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen haftenden Lasten (§ 549 bGb.) verbleibenden Vermögen zu bestimmen ist, diese besondere gesetzliche Verfügung durch das an das Gubernium in Mähren und Schlesien gerichtete, in die JGS. aufgenommene Hfkzd. v. 26. Jän. 1843 (JGS. 677) nicht aufgehoben erscheint, die Gebür daher ohne Bedacht auf die in der letztwilligen Anordnung des A angeordneten wohlthätigen Legate zu bemessen war, und auch der im Hfd. v. 30. Aug. 1806 (JGS. 782) normierte Fall eines Abzugs nicht vorliegt, weil dem Armeninstitute kein Vermächtnis zugedacht erscheint.

Der OGH. fand den erstr. Bescheid wieder herzustellen, weil das Hfkzd. v. 26. Jän. 1843 (JGS. 677) sich seinem ganzen Inhalte nach als eine Erläuterung darstellt, welche den Gedanken zum deutlichen Ausdrucke bringt, dass das schon vom Erblasser zur Verwendung für wohlthätige Zwecke gewidmete Vermögen nicht noch einmal zu dem vom Gesetze in Ermanglung eines Wohlthätigkeitsacts des Erblassers geförderten wohlthätigen Zwecke der Armenpflege herangezogen werden soll, weil demnach die Anwendung dieser Erläuterung, auch abgesehen von der Aufnahme des erwähnten Hfkzd. in die JGS. einer territorialen Einschränkung nicht unterworfen werden könnte, weil bei der Bemessung der Gebür für den allgemeinen Versorgungsfond nur diejenigen Legate von dem reinen Nachlasse in Abzug gebracht worden sind, welche zu wohlthätigen Zwecken in Wien verwendet werden sollen, und weil übrigens das zu Gunsten der Armen der Stadt Wien gemachte Legat von 2000 fl. nach dem Hfd. v. 30. Aug. 1806 (JGS. 782) als dem Armeninstitute zugewendet zu behandeln gewesen wäre, dessen Zweck durch dieses Legat nach der Weisung des der Verwaltung des Armeninstituts vorgesetzten Bürgermeisters zu fördern ist.

423.

Aufgabe der Gerichte bei Anlegung der Grundbücher behufs Feststellung der mit einem unbeweglichen Gute verbundenen Rechte im Sinne des § 25 des für Niederösterreich wirksamen Ges. v. 2. Juni 1874 (RGB. 88).

(Cass.-E. 6. Juni 1889, Z. 6735. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 485.)

Die erste Instanz hat in der Angelegenheit der Anlegung des neuen Grundbuchs für das Landtafelgut x in Niederösterreich dem Besitzer dieses Guts die Beibringung einer Bestätigung von Seite der BezH. über die thatsächliche, unbestrittene Ausübung des mit dem Besitze des Guts verbundenen Fischereirechts aufgetragen. Die zweite Instanz hat diesen Bescheid bestätigt, weil es sich bei dem dem Gutsbesitzer A ertheilten Auftrage nur um die Erhebung einer bestimmten

Thatsache, nämlich der wirklichen Ausübung des Fischfangs in den im Sprengel der BezH. N gelegenen Gewässern handelt, weil die politische Behörde nach § 27 der MVdg. v. 19. Jän. 1853 (RGB. 10) auch zur Ueberwachung der Fischereiausübung berufen ist, weil demnach die erste Instanz durch den ertheilten Auftrag nur im Kreise der ihr obliegenden Amtsthätigkeit handelte.

Der OGH. fand dem a. o. Recurse des A stattzugeben und, unter Aufhebung der unterger. EE. der ersten Instanz aufzutragen, falls dieselbe weitere Erhebungen zur Feststellung der Ausdehnung des mit dem Besitze des Guts x verbundenen Fischereirechts noch für notwendig erachten sollte, diese Erhebungen im eigenen Wirkungskreise vorzunehmen, weil es sich hier um die Feststellung der Ausdehnung des unzweifelhaft mit dem Besitze des Guts verbundenen Fischereirechts handelt, weil die zu diesem Zwecke erforderlichen Erhebungen nach dem Wortlaute des § 21, Z. 3, sowie des § 25 des Ges. v. 2. Juni 1874 (RGB. 88) dem Gerichte obliegen, welchem allein es zusteht, die aus dem Resultate dieser Erhebungen sich ergebenden Schlüsse zu ziehen, weil die untergerichtlichen Verfügungen, welche eine dem Gerichte obliegende Aufgabe auf die Partei überwälzen, und dabei die Geneigtheit der Verwaltungsbehörde, welche keineswegs zur Ermittlung eines Besitzstands berufen ist, zu einer derselben nicht zustehenden Intervention voraussetzen, gegen den Wortlaut des Gesetzes verstossen.

D. Civilprocess.

424.

Competenz der Gerichte zur Entscheidung über angebliche Besitzstörung in Betreff des Rechts zur Benützung eines Oratoriums.

(E. 19. Juni 1889, Z. 7192. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 487.)

Die Eheleute A begehrten wider den Propst und den Caplan in M das Erkenntnis: die Kl. befinden sich im letzten factischen Besitze des Rechts, jederzeit das Oratorium in der Pfarrkirche in M zu betreten und von da aus dem Gottesdienste beizuwohnen; die Gekl. haben die Kl. im Besitze dieses Rechts dadurch gestört, dass sie die Schlösser der beiden Thüren des Oratoriums, zu welchen die Kl. die Schlüssel hatten, derart ändern liessen, dass die Schlüssel der Kl. nicht mehr passten, und die Gekl. seien schuldig, den vorigen Zustand wieder herzustellen. Der 1. R. hat der von den Gekl. erhobenen Einwendung des nicht gehörigen Gerichtsstands stattgegeben und das Klagebegehren zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Die Kl. leiten ihre Berechtigung daraus ab, dass sie mit dem Kaufe des Gutes K gleichsam als Zugehör desselben auch das angesprochene Recht erworben haben. Das Gericht hat sich dem Klagsinhalte gemäss blos an die privatrechtlichen Bestimmungen zu halten und von diesem Standpunkte aus ergiebt es sich, dass die in Frage kommende Kirche der Ausübung des Gottesdienstes nach katholischem Ritus gewidmet ist, und dass das in dieser Kirche eingebaute Oratorium einen Bestandtheil derselben bildet, daher Jedermann freisteht, dasselbe während des Gottesdienstes zu betreten. Aus der erwähnten Bestimmung der Kirche und daher auch des Oratoriums, als eines Bestandtheils derselben, ergiebt sich die Eigenschaft desselben als einer öffentlichen Sache im Sinne des § 287 bGb., deren Gebrauch allgemein gestattet ist, welche daher dem rechtlichen Verkehre entzogen ist, und welche nach §§ 311, 355 u. 356 bGb. Gegenstand eines Besitzes oder Besitzerwerbes für gewöhnlich nicht sein kann. Die Kl. haben den Bestand einer Ausnahme zu ihren Gunsten nicht dargethan, das Gericht ist aber nicht berufen, über den Gebrauch öffentlicher Sachen abzusprechen und musste deshalb die Klage wegen Nichtzuständigkeit des Gerichts abgewiesen werden.

Das OLG. hat die Einwendung der Incompetenz der Gerichte abgewiesen und dem 1. R. aufgetragen, in die meritorische Erledigung einzugehen; denn die Kl. behaupten eine eigenmächtige Störung ihres erworbenen Rechtsbesitzes (§ 314 bGb.) und, da Niemand befugt ist, den Besitz — mag er von was immer für einer Beschaffenheit sein — eigenmächtig zu stören und der Gestörte das Recht

hat, die Untersagung des Eingriffs gerichtlich zu fordern (§ 339 bGb.), so gehört die Entscheidung über den angeblich eigenmächtig gestörten Besitz zur Competenz der Gerichte.

Der OGH. hat die o. g. E. bestätigt, in der Erwägung, dass es sich um den Besitz eines Rechts handelt, welches nach der Behauptung der Kl. denselben als Besitzern eines unbeweglichen Guts an dem Theile eines kirchlichen Gebäudes zustehen soll, dass die Ansicht, welche die Möglichkeit einer privatrechtlichen Grundlage des in Anspruch genommenen Rechts bestreitet, sich weder aus dem Privatrechte, noch aus der das Gebiet des Privatrechts nicht einschränkenden, der Kirche eingeräumten Autonomie ableiten lässt, und dass es daher an jedem Grunde fehlt, die Entscheidung eines Streits über die angebliche Störung im Besitze eines Rechts, das nach den Angaben der Kl. die Merkmale eines dinglichen Rechts an sich trägt, dem Wirkungskreise der ordentlichen Gerichte zu entziehen.

425.

Zuständigkeit der Gerichte für Klagen wegen Besitzstörung an einer zum öffentlichen Gute gehörigen Strasse. Vertretung des Landesfiscus durch die Finanzprocuratur.

(E. 2. Juli 1889, Z. 7700. — III. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 491.)

Eine von der Finanzprocuratur in Vertretung des Landes Salzburg gegen B überreichte Klage wegen Besitzstörung wurde in den Vorinstanzen a limine zurückgestellt, vom 1. R. wegen Incompetenz des Gerichts, weil es sich um eine zum öffentlichen Gute gehörige Strasse handelt, das Gericht nur über Privatrechte gemäss § 1 des bGb. und Abs. 1 des kais. Pat. v. 1. Juni 1811 (JGS. 946) zu entscheiden hat, den politischen Behörden aber die Ausübung der Strassenpolizei im eigenen Wirkungskreise obliegt, — vom OLG., weil die Vertretung des autonomen Landes Salzburg der Finanzprocuratur nicht zusteht, es auch nicht vorkommt, dass es sich um einen vom Staate dotierten Fond handelt, daher die Vertretung in dem mit Erlass v. 16. Febr. 1855 (RGB. 34) kundgemachten Wirkungskreise der Finanzprocuratur umsoweniger begründet sei, als dieselbe mit dem Principe der Autonomie nicht vereinbarlich wäre.

Der OGH. hat dem a. o. Revisionsrecurse der Finanzprocuratur Folge gegeben und dem 1. R. aufgetragen, das gesetzmässige Verfahren über die Besitzstörungsklage einzuleiten, weil die Darstellung der Klage, welche dem Gekl. einen Act der Besitzanmaassung an einem unbeweglichen Gute zur Last legt, keineswegs geeignet ist, mit Sicherheit erkennen zu lassen, dass es sich im vorliegenden Falle nur um eine Uebertretung der Strassenpolizeiordnung handle, gegen welche die im Verwaltungswege auszuübende Repressivgewalt anzurufen wäre, weil daher die sofortige Zurückweisung der Klage dem Gesetze keineswegs entspricht, weil es der Staatsverwaltung nicht verwehrt ist, zu gestatten, dass die Finanzprocuratur die gerichtliche Vertretung von Landesinteressen fortsetze, weil es dem Gerichte in keinem Falle zusteht, die von der Finanzprocuratur gegenüber der ihr vorgesetzten Behörde zu verantwortende Einhaltung der Grenzen ihres Pflichtenkreises zu überwachen, und weil erforderlichen Falls ein urkundlicher Nachweis darüber, dass die Vertretung durch die Finanzprocuratur von Seite des Landes Salzburg in Anspruch genommen worden sei, auch im Laufe des Verfahrens abgefordert werden kann.

426.

Zuständigkeit der Gerichte für die Klage wegen gestörten Besitzes bei Ausübung des Jagdrechts in den längs der Eisenbahn sich hinziehenden Materialgräben.

(E. 30. Juli 1889, Z. 8785. — I. Senat. — Beil. z. JMVdgsbl. 496.)

Der Jagdpächter A klagte den Streckenchef B der k. k. priv. Kaiser Ferdinands-Nordbahn und diese letztere wegen Störung im Besitze des Jagdrechts in den Gemeindegebieten x, y und z, begangen dadurch, dass B das Jagen

in den sich längs der Bahnstrecke hinziehenden Materialgräben verbot. In den Vorinstanzen wurde die Incompetenz der Gerichte zur Entscheidung dieses Streites ausgesprochen. Gründe der II. Instanz: Es muss anerkannt werden, dass das Jagdrecht, in dessen Besitz der Kl. gestört worden zu sein behauptet, ein Privatrecht ist, und dass die Gerichte berufen sind, Störungen im Besitze von Privatrechten hintanzuhalten; allein schon aus der Klage ist zu entnehmen, dass das fragliche Verbot in ämtlicher Eigenschaft der Ueberwachungsorgane aus bahnpolizeilichen Gründen ausgesprochen wurde. Mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 96, 102 u. 101 der Eisenbahnbetriebsordnung kann nicht daran gezweifelt werden, dass die zum Schutze des Bahnbetriebs getroffenen Verfügungen der Bahnbetriebsorgane öffentlich-rechtlicher Natur sind, wonach aber auch die Beurtheilung der Rechtmässigkeit oder der Rechtswidrigkeit der diesfälligen Verfügungen sich der Judicatur der Gerichte entzieht, vielmehr haben hierüber lediglich die der Bahnverwaltung vorgesetzten Administrativbehörden allein zu entscheiden.

Der OGH. hat die Entscheidungen der Vordergerichte aufgehoben und dem 1. R. verordnet, in der Sache selbst zu entscheiden, in der Erwägung, dass der Kl. den Besitz eines Privatrechts behauptet, dass zur Prüfung der Frage, ob der Kl. im Besitze des Privatrechts war, und ob eine Störung dieses Besitzes im Sinne des § 339 bGb. eingetreten ist, die Gerichte berufen sind, und dass, wenn seitens der Gerichte die Prüfung und Entscheidung jener Frage abgelehnt würde, dem Kl. die Möglichkeit des Besitzschutzes definitiv genommen wäre, da darüber, ob Jemand im Besitze eines Privatrechts sei, und darin geschützt werden solle, die Verwaltungsbehörden zu entscheiden nicht competent sind.

427.

Forum contractus: Unzulässigkeit eines den Klagegrund berührenden Beweises über den Competenzgrund.

Vgl. oben Nr. 59 und 362.

(E. 29. Nov. 1887, Z. 11308.)

Der vom 1. R. verworfenen Einwendung der Incompetenz wurde vom OLG. stattgegeben. Der OGH. bestätigte die o. g. E. Gründe: Der Kl. vermeint, eine dem U. zweiter Instanz anhaftende Nullität darin zu finden, dass der obere Richter in seinen Gründen sich auf das Hfd. v. 11. Sept. 1794 (JGS. 193) berufen und auf dieses Hfd. seine E. basiert hat, ungeachtet doch dasselbe angeblich nur auf das ordentliche mündliche Verfahren sich beziehe und sonach durch dasselbe das erst in viel späterer Zeit zur Wirksamkeit gelangte summarische Verfahren nicht berührt werden könne. Allein darin, dass das OLG. sein U. mit der Hinweisung auf jenes Hfd. begründet hat, kann doch zweifellos eine Nullität nicht erblickt werden, weil, abgesehen davon, dass die Anwendbarkeit des Hfd. v. 11. Sept. 1794 auch auf das summarische Verfahren schon im Hinblicke auf § 7 des Hfd. v. 24. Oct. 1845 (JGS. 906) ausser aller Frage steht, als eine Nullität überhaupt nur ein unterlaufenes processuales Formgebrechen, welches vom Gesetze ausdrücklich für eine Nullität erklärt wird, zu betrachten ist, daher denn auch darin, dass sich das OLG. auf eine auf den Streitfall angeblich nicht passende gesetzliche Bestimmung berufen hat, nur ein Grund zu einer Revisionsbeschwerde, niemals aber eine Nullität gelegen wäre. Die Nullitätsbeschwerde des Kl. war daher als völlig unbegründet zu verwerfen. Das Gleiche gilt auch von der ordentlichen Revisionsbeschwerde desselben. Beide Streittheile stimmen darin überein, dass zwischen ihnen ein Kaufvertrag zustande kam, dass beide Theile sowohl über das Object des Vertrags, als auch über den Preis desselben einig geworden sind und dass zum Zeichen des Vertragsabschlusses ein Angeld gegeben und angenommen worden ist. Die Differenz zwischen den Streittheilen betrifft nur die Art und Weise, in welcher die Erfüllung des Vertrags zu geschehen hatte, ob nemlich der Gekl., wie vom Kl. behauptet und unter Beweis gestellt wird, nach der getroffenen Vereinbarung verpflichtet war, dem Kl. das ihm verkaufte Pferd nach Wien zu stellen, d. i. ihm dasselbe in Wien zu übergeben. Eben aus dieser auf Seite des Gekl. angeblich bestehenden Verpflichtung leitet

der Kl. einerseits im Grunde des § 43 JN. die Competenz des von ihm angerufenen Gerichts, anderseits aber auch wegen Nichtzuhaltung der gedachten angeblichen Vertragsbestimmung seinen Anspruch auf Zahlung des doppelten Angeldes ab. Bei dieser Sachlage ist es daher evident, dass über die Competenzfrage nicht entschieden werden kann, ohne damit zugleich in der Hauptsache selbst zu erkennen und es erschienen daher die vom Kl. zur Erweisung der von ihm behaupteten Competenz angebotenen Beweise von vornherein unzulässig, weil durch die Zulassung dieser Beweise auch zugleich der Entscheidung in der Hauptsache vorgegriffen werden würde.

428.

Umfang der Kostenpflicht der sachfälligen Processpartei: Exrotulierungs- und Quittungskosten.

(E. 5. Juni 1889, Z. 6404.)

Dem sachfälligen Gekl. wurde vom 1. R. der Ersatz der Kosten der vom Kl. angesuchten und vorgenommenen Exrotulierung der Acten, sowie der dem Gekl. über die geleistete Zahlung der ersiegten Summe ausgestellten Quittung auferlegt. Vom OLG. wurde das kl. Begehren um Kostenzuspruch abgewiesen und dem Kl. der Ersatz der Recurskosten an den Gekl. auferlegt. Denn was zunächst die Kosten der Ausstellung einer Quittung seitens des Kl. betrifft, kann aus § 1426 bGb. eine unbedingte Verpflichtung des Schuldners zur Tragung dieser Kosten nicht abgeleitet werden. Eine solche Quittung ist über Verlangen des zahlenden Schuldners auszustellen, es wurde aber seitens des Kl. gar nicht behauptet, dass Gekl. die Ausstellung der Quittung begehrt hätte und können diese Kosten nicht in dem Gesuche um Exrotulierung der Acten einfach liquidiert werden, sondern ist deren Ersatz bei verweigerter Berichtigung seitens des Schuldners im Rechtswege anzusprechen. Es sind demnach diese Kosten aus den dem Kl. zuerkannten jedenfalls auszuscheiden. Aber auch die Kosten für das Gesuch um Anordnung der Tagfahrt zur Actenextradierung und für die Abhaltung dieser Tagfahrt sind dem Kl. nicht zuzuerkennen, weil auch auf derlei Kosten die Bestimmung des § 24 des Ges. v. 16. Mai 1874 (RGB. 69), wonach die unterliegende Processpartei der obsiegenden nur die notwendigen Kosten zu ersetzen hat, anzuwenden ist, im vorliegenden Falle aber die erwähnten Kosten aus dem Grunde nicht notwendig waren, weil bei der Tagfahrt vom 12. Febr. 1889 der Vertreter des Kl. nur die Vertretungsvollmacht extradierte, auf die Extradierung dieses Schriftstücks die Bestimmung des Hfd. v. 16. Nov. 1807 (JGS. 827) und v. 5. Juni 1838 (JGS. 276) § 123, wo nur von den eingelegten Schriften und Originalurkunden die Rede ist, überhaupt keinen Bezug hat, überdies die Kosten für die Ausfertigung der Vollmacht unter den dem Kl. seitens des Gekl. ersetzten inbegriffen sind und daher der Kl., wenn er aus den Acten die seinem Vertreter ertheilte Vertretungsvollmacht herausnehmen wollte, dies nicht auf Kosten des Gekl. thun durfte.

Der OGH. hat die beiden unterger. EE. abändernd erkannt, dass der Gekl. dem Kl. lediglich die Kosten des Exrotulierungsgesuchs und der Exrotulierungstagfahrt zu ersetzen habe, wohingegen die von dem Kl. unter Einem liquidierten Kosten der Ausstellung einer Quittung übergangen wurden. Denn die Exrotulierungskosten gehören zu den Processkosten und sind wie diese von der sachfälligen Partei dem obsiegenden Gegnes zu ersetzen, da sie durch die Processführung verursacht wurden und mit dieser in engem Zusammenhange stehen. Es waren daher auch dem Kl. die ihm durch das Ansuchen um Anordnung einer Exrotulierungstagfahrt und durch Abhaltung der letzteren erwachsenen Kosten zuzusprechen. Hieran vermag der Umstand, dass die Exrotulierung sich lediglich auf die eingelegte Vertretungsvollmacht beschränkte, nicht zu ändern, weil auch diese Urkunde zu den eingelegten Originalurkunden, welche dem Kl. zu seinem Gebrauche notwendig sein können, gehört (Hfd. v. 14. Nov. 1807, JGS. 827) und die Beurtheilung der Frage, ob eine Partei die betreffende Urkunde noch benötigen kann, lediglich der betreffenden Partei selbst überlassen bleibt. Dagegen konnte ein Zuspruch der von dem Kl. in dem Exrotulierungsgesuche unter Einem

liquidierten Kosten der Ausstellung einer Quittung nicht erfolgen, es mussten vielmehr diese Kosten ausgeschieden werden, weil dieselben nicht zu den Exrotulierungskosten gehören und weil die Ersatzpflicht bezüglich dieser Kosten von Umständen und Rechtsfragen abhängig ist, über welche nicht ohneweiters auf Grund eines blossen Liquidirungsgesuchs und im Recurswege abgesprochen werden kann. Mit Rücksicht auf den theilweisen Erfolg wurden in Gemässheit der §§ 25 und 26 des Ges. v 16. Mai 1874 (RGB. 69) die Kosten des Appellations- und Revisionsrecurses gegeneinander aufgehoben.

E. Strafrecht und Strafprocess.

429.

483. Disciplinarbehandlung eines Notars wegen Zuziehung von in seiner Kanzlei prakticierenden Notariatscandidaten als Actszeugen (§ 57 NotO). Unkenntnis des Gesetzes entschuldigt nicht bei Disciplinarvergehen.

(E des Disciplinarsenats des OGH. 6. Juni 1889, Z. 4061.)

In der Kanzlei des Notars A wurde für die Eheleute Josef und Maria N eine Schuldurkunde als Notariatsact errichtet, wobei sich ein fremder Mann für den Ehegatten Josef N ohne dessen Wissen ausgab. Als Identitätszeugen wurden der in dieser Kanzlei prakticierende Notariatscandidat B und ein anderer Zeuge verwendet. Die strafgerichtliche Untersuchung des Falls wurde eingestellt, gegen den Notar A jedoch die Disciplinaruntersuchung eingeleitet und derselbe von dem Disciplinarsenate des OLG. der Verletzung der Pflichten seines Amts, begangen durch Verwendung des in seiner Kanzlei prakticierenden Notariatscandidaten B nach den §§ 55 und 57 NO. schuldig erkannt und nach § 159 NO. zu einer Geldstrafe verurtheilt. Ueber Berufung des Notars bestätigte der Disciplinarsenat des OGH. dieses Disciplinarerkenntnis aus Gründen:

Der Berufungswerber beschwert sich in erster Reihe darüber, dass das Disciplinarerkenntnis die Untersuchung des guten Glaubens, in dem sich der Beschuldigte befand, als er seinen Notariatscandidaten als Actszeugen verwendete, als unerheblich und unnütz abgelehnt hat. Er behauptet, im Disciplinarwege hätte er der ihm zur Last gelegten Handlung schon deshalb nicht schuldig erkannt werden können, weil er in dieser That eine Gesetzesverletzung nicht erkannte; denn obgleich die strafrechtliche Verantwortlichkeit in den §§ 38 und 39 NO. absoluten Ausdruck finde, folge daraus doch nicht, dass der Gesetzgeber damit eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln des Strafrechts machen wollte; es widerstreite aber den Grundsätzen des Strafrechts, dass Jemand für eine Gesetzesübertretung gestraft werde, die er nicht beabsichtigte. Zur Begründung seines guten Glaubens führt der Berufungsbewerber an: § 117 NO. gestatte dem Notar, „Hilfsarbeiter“ (collaboratori) aufzunehmen, die zu dessen Kanzlei (studio) gehören, während § 57 dem Kanzleipersonale des Notars (persone della sua cancellaria) die Befähigung zum Actszeugnis entzieht; § 37 NO. verpflichte die Hilfsarbeiter (collaboratori) des Notars zur Wahrung des Amtsgeheimnisses, während § 57 die Fähigkeit zum Actszeugnisse dem Kanzleipersonale (personale di cancelleria) des Notars abspricht; „studio“ und „cancelleria“, „collaboratori“ und „personale di cancelleria“ können nicht als gleichbedeutende Ausdrücke aufgefasst werden; denn es sei ein Grundsatz der Gesetzgebungstechnik, mit demselben Worte immer denselben Begriff zu verbinden, woraus sich ergebe, dass, wo der Gesetzgeber sich verschiedener Ausdrücke bediente, damit auch verschiedene Begriffe gemeint seien; Beschuldigter habe daher, mit Rücksicht auf die Bedeutung der Worte, angenommen, das Wort „studio“ umfasse alle Mitarbeiter des Notars, das Wort „cancelleria“ hingegen bezeiche nur die Schreiber; „collaboratori“ seien die Notariatscandidaten und die Schreiber, „persone di cancelleria“ nur die letzteren. Zu diesem Ergebnisse sei er auch in Würdigung der ratio legis gelangt; denn es sei gerecht, dass das Amtsgeheimnis von allen denen gewahrt werde, die in ihrer Amtswirksamkeit Kenntnis von Amtsvorgängen haben, mögen sie nun Notariatscandidaten oder Schreiber sein, während es nicht richtig

wäre, an der Unabhängigkeit eines absolvierten Juristen zu zweifeln oder denselben auf eine Stufe zu stellen mit dem niederen Dienstpersonale des Notars.

Diese Behauptungen der Berufung sind jedoch durchaus ungegründet. Es handelt sich hier ausschliesslich um die Frage, ob die Bestimmung des § 57 b NO., insbesondere mit den Worten „das Kanzleipersonale des Notars (in der amtlichen italienischen Uebersetzung: Le persone addette allo studio del notajo)“ sich auch auf die Notariatscandidaten erstrecke. Die Bejahung dieser Frage kann nicht zweifelhaft sein. Ohne hier die Gründe zu untersuchen, aus denen § 37 NO. sich des Ausdrucks „Hilfsarbeiter“ (in der amtlichen Uebersetzung „i suoi dipendenti“) bedient, ist es nach den Bestimmungen des § 117 NO. klar, dass die Notariatscandidaten zur Kanzlei („studio“) des Notars gehören. Die Gründe, auf denen die Bestimmung des § 57 b NO. beruht, zeigen deutlich, dass man als Acts- und demzufolge als Identitätszeugen die zur Kanzlei des Notars gehörigen Personen (Kanzleipersonale) nicht zulassen wollte, weil dieselben nicht geeignet erscheinen, dem Notar gegenüber, als von ihm abhängig, eine Controle zu üben. Dieser Grund trifft in ganz besonderem Grade beim Notariatscandidaten zu, mag derselbe besoldet sein oder nicht, weil derselbe der Autorität des Notars unterworfen, die Kanzlei desselben zur praktischen Ergänzung seiner juristischen Kenntnisse besucht. Der Autorität des Notars unterworfen und von ihm abhängig, stellt sich der Notariatscandidat gewiss nicht als geeignet dar, um betreffs eines Acts des ihm vorgesetzten Notars eine wirksame Controle zu üben. Es fällt hier die Analogie mit den Gerichtszeugen (§ 102 StPO.) in die Augen, die sich hier in einer vom Richter ganz unabhängigen Stellung befinden und an der Sache, in der sie zur Amtshandlung berufen werden, vollkommen unbetheiligt sein müssen. Die im § 44, alin. 5 der NO. v. 1855 (RGB. 94) enthaltene Bestimmung, welche lautete: „Praktikanten, Schreiber und Dienstleute des Notars“ (i practicanti, gli scrittori e le persone al servizio del notajo) umfasste zweifellos auch die Notariatscandidaten. Während nun aus den Motiven zur gegenwärtigen Notariatsordnung sich ergiebt, dass man in manchen Richtungen den Kreis der zum Zeugnis bei einem Notariatsacte unfähigen Personen einschränken wollte, zeigt gerade das Stillschweigen der Motive betreffs des Punkts b des § 57 NO. v. 1871, dass man betreffs dieses Punkts das frühere Gesetz keineswegs in der Sache selbst, sondern nur im Ausdrucke ändern wollte, indem man an Stelle der Worte „Praktikanten und Schreiber“ jene: „Kanzleipersonale“ setzte, offenbar nicht zu dem Zwecke, die Candidaten auszuschliessen, sondern in der Absicht, auch jene zur Kanzlei gehörigen Personen einzubeziehen, welche, wie etwa der Kanzleileiter (Sollicitator), der Cassier u. s. f. weder zu den Praktikanten noch zu den Schreibern gerechnet werden konnten. Was endlich den vom Beschuldigten behaupteten guten Glauben anbelangt, ist vor allem hervorzuheben, dass auch in Disciplinarsachen, welche Strafsachen sind, der allgemeine Grundsatz des § 3 StG. schon aus dem Grunde Anwendung finden muss, weil sich sonst Jedermann mit der Unkenntnis oder der irrigen Auslegung des Gesetzes entschuldigen könnte. Auch ist zu beachten, dass nach den §§ 38 und 39 NO. der Notar für jedes Verschulden haftet, und gewiss ist es ein Verschulden des Notars, wenn er im Zweifel jene Alternative gewählt hat, die mindestens die Gefahr eines Conflicts mit dem Gesetze in sich schloss. Uebrigens hat der OGH. die Ueberzeugung vom guten Glauben des Beschuldigten in der Rechtsfrage nicht gewinnen können. Denn die italienische Uebersetzung der NO. (siehe die Worte: „le persone addette allo studio del notajo“), auf welche sich die Berufung insbesondere bezieht, lässt nicht einmal jenem Zweifel Raum, der dann entstehen konnte, wenn das Wort „Kanzleipersonale“ des deutschen Originaltextes mit „persone addette alla cancellaria del notajo“ übersetzt wäre, während das Wort „studio“, dessen sich die amtliche italienische Uebersetzung bedient, ohne Zweifel das ganze Hilfspersonale des Notars (Juristen, Schreiber und andere in der Kanzlei verwendete Bedienstete) umfasst. Es wurde aber auch B im Notariatsact nicht seinem wirklichen Stande entsprechend als Notariatscandidat, sondern einfach als „Jurist“ (legale) bezeichnet, was zur Annahme berechtigt, dass der Notar A, das Hindernis genau kennend, das der Zuziehung des B als Acts- und Identitätszeuge entgegenstand, diesen Umstand im Notariatsacte nicht ersichtlich machen wollte, um die Giltigkeit desselben nicht in Frage zu stellen.

Aus der Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.*

51. Anfechtung. Befreiung von der Rückgewährspflicht aus der anfechtbaren Handlung durch einmalige Rückgewähr des Empfangenen.

Nach § 7 des Ges. v. 21. Juli 1879 soll dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werden. Eine weitere Verpflichtung ist dem Empfänger nicht auferlegt. Hat derselbe also das Empfangene einem anfechtungsberechtigten Gläubiger als zu dem Vermögen des Schuldners gehörig zurückgewährt, so hat er die ihm nach § 7 cit. obliegende Verpflichtung erfüllt. Er kann dann nicht abermals von einem anderen anfechtungsberechtigten Gläubiger auf die Zurückgewährung desjenigen, was er aus dem Vermögen des Schuldners empfangen hat, oder anstatt desselben auf Zahlung einer entsprechenden Geldsumme belangt werden. (U. VI. C. S. v. 10. Oct. 1889, Nr. 151).

52. Anfechtung. Befreiende Wirkung der Rückgewähr an einen anfechtungsberechtigten Gläubiger. Wirkungslosigkeit der Rückgewähr an einen unberechtigten.

Die Anfechtung steht jedem Gläubiger kraft eigenen Rechts zu, und ein Vorzugsrecht des Einzelnen wird weder durch die Klageerhebung noch auch durch die Verurtheilung des Empfängers begründet. Dagegen wird nicht beachtet, dass die Rückgewährpflicht für den Empfänger der anfechtbaren Leistung gegenüber sämmtlichen Gläubigern nur einmal besteht, da der Inhalt des Anfechtungsrechts für alle derselbe ist. Soweit hiernach der Empfänger seine Rückgewährpflicht einem Gläubiger gegenüber erfüllt hat, tritt seine Befreiung auch im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern ein. Dazu ist es nicht erforderlich, dass die Erfüllung der Rückgewährpflicht im Wege der Zwangsvollstreckung von dem zuerst andringenden Gläubiger erzwungen, oder dass wenigstens dessen Anfechtungsanspruch rechtskräftig festgestellt war. Vielmehr muss nach den Grundsätzen des AnfG. der Schuldner, falls er nachweisen kann, dass er auf das Verlangen eines zur Anfechtung berechtigten Gläubigers die anfechtbare Leistung ganz oder theilweise zurückgewährt hat, allen anfechtungsberechtigten Gläubigern gegenüber insoweit befreit erscheinen, als die Rückgewähr erfolgt ist. Ueber die Art der Rückgewähr enthält das AnfG. specielle Vorschriften nicht. Nach § 7 kann die Rückgewähr nur soweit beansprucht werden, als es zur Befriedigung des Anfechtenden erforderlich ist, nach § 9 hat der Klageantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange, und in welcher Weise die Rückgewähr bewirkt werden soll, und der § 13, Abs. 3 endlich spricht von einer Sicherung oder Befriedigung, welche der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden erlangt hatte. Diese Bestimmungen ergeben, dass für jeden einzelnen Anfechtungsfall nach dem Inhalte der angef. Rechtshandlung und nach dem Umfange der Forderung des Anfechtenden zu entscheiden ist, in welcher Art die Rückgewähr zu erfolgen hat. In gleicher Weise aber muss bei dem Erfüllungseinwande des Empfängers geprüft werden, ob und inwieweit das, was der Empfänger einem anderen Anfechtungsberechtigten gegenüber, sei es im Zwangsvollstreckungsverfahren oder auf Grund besonderer Vereinbarung, herausgegeben oder geleistet hat, als eine Erfüllung der Rückgewährpflicht aus § 7 des AnfG. anzusehen ist. Hat der Empfänger, ohne dazu verurtheilt zu sein, einer Person,

* Entnommen der Berliner Juristischen Wochenschrift.

welcher ein Anfechtungsrecht überhaupt nicht zustand, das Empfangene herausgegeben, so wird er durch solche Herausgabe von seiner Rückgewährpflicht gegenüber dem wirklich Anfechtungsberechtigten nicht befreit, vielmehr so behandelt, als wenn er sich freiwillig des Besitzes des Erworbenen entäussert hätte. (U. VI. C. S. v. 7. Oct. 1889, Nr. 147).

53. Anfechtung. Anfechtbare Rückgewähr des Heiratsguts durch Verwendung des Geldes, in welchem dasselbe bestellt wurde, zum Ankauf eines Grundstücks auf den Namen der Ehefrau.

Weder in dem Grunde, noch in dem Wortlaute des AnfG. findet die Behauptung eine Stütze, dass der Begriff der Rückgewähr die Beendigung des maritalischen Verwaltungs- und Nutzungsrechts voraussetze und mit einer Fortdauer dieses Rechts bei allseitig genehmigter Veränderung seines Gegenstands unverträglich sei. Oeffensichtlich will die Nr. 4 des § 3 des Ges. v. 21. Juli 1879, in wesentlicher Uebereinstimmung mit der Nr. 2 des § 25 RCO. (vgl. die Motive dazu S. 137), in ihrem zweiten, mit „sowie" beginnenden Theile die Gläubiger gegen eine Entziehung von Befriedigungsobjecten schützen, welche von dem Schuldner dadurch herbeigeführt wird, dass er, ohne dazu verpflichtet zu sein, Rechte, die ihm an dem Heiratsgute oder dem gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögen seiner Ehefrau zustanden, zu Gunsten der letzteren aufgiebt. Diese Absicht des Gesetzes hat in dem Gebrauche der umfassenden Worte „Sicherstellung und Rückgewähr" zur Bezeichnung der hiernach anfechtbaren Rechtshandlungen einen deutlichen Ausdruck erhalten. Wo dem Ehemanne an dem gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögen der Frau nicht mehr als ein Verwaltungs- und Niessbrauchsrecht zustand, wird allerdings die Rückgewähr sich durch Aufgeben des ehemännlichen Verwaltungs- und Niessbrauchsrechts zu Gunsten der Frau vollziehen und ein Aufhören dieses Rechts zur Folge haben. Wo es sich aber um Vermögen handelt, an welchem nach den maassgebenden Ehegesetzen der Ehemann nicht blos Verwaltungs- und Nutzungsrechte, sondern volles Eigentum erworben hatte, da kann, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche sowie dem Sinne des § 9 Nr. 4 a.a.O. entsprechend, eine Rückgewähr auch in der Weise stattfinden, dass der Ehemann das kraft Gesetzes auf ihn übergegangene Eigentum der Ehefrau zurücküberträgt und nur ein Verwaltungsrecht behält. Eine solche Zurückübertragung würde im vorliegenden Falle erfolgt sein, wenn der Ehemann X aus seinem Eigentume 4500 Mk. der Bekl. als deren Eingebrachtes zurückgegeben und demnächst darin gewilligt hätte, dass die zurückgegebene Summe zum Ankaufe eines Hauses auf den Namen der Bekl. verwendet wurde. Standen ihm auch, so lange er nicht darauf verzichtet hatte, Niessbrauch und Verwaltung an dem erworbenen Hause zu, so war doch sein Eigentumsrecht an dem fortgegebenen Gelde erloschen und damit durch seine Rechtshandlung seinen Gläubigern ein Befriedigungsobject zu Gunsten seiner Ehefrau entzogen worden. Für die entgegenstehende Ansicht beruft sich die Rcl. mit Unrecht auf den § 240 ALR. Thl. II, Tit. 1. Nach dieser Gesetzesvorschrift würde dann keine Rückgewähr, sondern nur ein Wechsel in dem Gegenstande des ehemännlichen Verwaltungsrechts anzunehmen sein, wenn das aus dem Eingebrachten der Bekl. angeschaffte Grundstück auf den Namen des Ehemanns X geschrieben worden wäre. Aber gerade der Umstand, dass das der Bekl. zurückgegebene Geld zum Erwerbe eines Grundstücks auf den Namen der Bekl. verwendet worden ist, führte in den vermögensrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten zum Nachtheile der Gläubiger des Ehemanns eine Veränderung herbei, welche sich nach dem oben Gesagten als Rückgewähr des Eingebrachten an die Bekl. darstellt (vgl. Cosack, Anfechtungsrecht S. 156; Petersen und Kleinfeller, RCO. S. 140; Otto, Anfechtung S. 136). (U. VI. C. S. v. 14. Oct. 1889, Nr. 154).

54. Wirksamkeit des Protests gegen ein Bankhaus im Falle des Verhandelns mit einem Cassierer desselben.

Es muss genügen, wenn sich nur aus dem Proteste Thatsachen ergeben, welche bei Unterstellung eines ordnungsmässigen Geschäftsgangs des Protestaten

für einen sorgfältig handelnden Präsentanten die Annahme rechtfertigen dürften, dass die Person, mit welcher er verhandelte, zur Abgabe der von ihm gegebenen Erklärung bevollmächtigt war. Dabei kommt es nicht lediglich auf die ausdrücklich normierten Vertretungen, sondern auch auf die thatsächlichen Geschäftseinrichtungen und die aus ihnen zu ziehenden Folgerungen, ja auch schon auf durch die Natur der Verhältnisse begründete Voraussetzungen des Vorhandenseins bestimmter Geschäftseinrichtungen an. Denn es ist hier nicht der gleiche Maassstab wie an das Vorhandensein einer Vollmacht zur Eingehung von Rechtsgeschäften und an die Prüfung dieser Vollmacht Seitens des Gegencontrahenten anzulegen. Der Protestat, er mag sich auf das Zahlungsbegehren zur Zahlung anschicken oder die Zahlung weigern, oder selbst mündlich eine Interventionsbereitschaft erklären, begründet damit keine Verbindlichkeit, und der Protest ist nicht dazu bestimmt, neue Verbindlichkeiten zu begründen, sondern soll nur zum Beweise einer zur Erhaltung des Wechselrechts vorgenommenen Handlung dienen. Ein Zahlungsbegehren soll gestellt und die „Antwort" darauf (vgl. Art. 88, Z. 3 WO.) entgegengenommen und Beides beurkundet werden. Solche Antwort kann, wie jedes Thun, für bestimmte andere Handlungen causal werden und deshalb rechtserheblich sein. Aber sie ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Für die Vertretung eines Geschäftsinhabers in der Beantwortung solcher Zahlungsbegehren, wie sie bei einer Bank zum laufenden Tagsverkehr gehören, kann aber die Vollmacht in Einrichtungen und Vorkehrungen enthalten sein, welche für Begründung einer Vollmacht zu Rechtsgeschäften unzureichend sein können. Und es erscheint auch nicht erforderlich, dass für die Person, gegen welche sich der Vorzeiger des Wechsels des Zahlungsbegehrens entledigt, die Vollmacht zur Erklärung, wenn auch nur in allgemeinen Geschäftseinrichtungen enthalten, wirklich besteht, wenn nur der Anschein des Bestehens einer solchen, sei es auch nur durch Unterlassungen geeigneter Gegenvorkehrungen oder durch Unregelmässigkeiten, die sich im inneren Geschäftsbetriebe ereignen, erregt wird. Denn die Diligenz des Wechselpräsentanten und ebenso des protestierenden Beamten lässt sich in der Regel nicht bis zu einer Identitäts- und Legitimationsprüfung, wie bei der Vornahme oder Aufnahme von Rechtsgeschäften mit dem Geschäftsinhaber oder einem Bevollmächtigten desselben, steigern, da zu einer solchen die absolut zuverlässigen Mittel fehlen werden. Ist die Person, gegen welche protestiert werden soll, eine Bankgeschäfte betreibende Actiengesellschaft mit einem nur zu collectiver Vertretung durch mehrere Mitglieder berufenen Vorstande, so wird man das Treffen von Vorkehrungen gewärtigen dürfen, vermöge deren es für die im laufenden Tagsverkehr erforderlichen Erklärungen auf Wechselpräsentationen nicht dieses umständlichen immer ein gleichzeitiges Auftreten Mehrerer erfordernden Apparats bedarf. Ermittelt der mit der Protestaufnahme beauftragte Beamte innerhalb der Geschäftslocalitäten diejenige Stelle, welche dazu bestimmt ist, dass an ihr die Zahlungsbegehren auf Wechsel entgegengenommen werden, und nimmt hier eine Person, die sowohl der Cassierer der Bank ist wie auch dem Vorstande derselben angehört, so dass sie präsumtiv an der Geschäftsleitung der Bank Theil nimmt, das Zahlungsbegehren entgegen und ertheilt eine Antwort, die sich als auf Kenntnis der Sachlage und auf einer Befugnis zur Erklärung beruhend darstellt, so darf der Beamte annehmen, dass diese Person zur Entgegennahme und Beantwortung des Begehrens ermächtigt ist. Ein solcher Hergang ist aber im vorliegenden Proteste wiedergegeben, indem insbesondere auch aus dem beurkundeten Antreffen des Cassierers zu entnehmen ist, dass sich der Notar zur Erledigung des Auftrags an die Casse begeben hatte. Wenn Seitens des RG. Protesturkunden, in welchen die Personen, mit denen verhandelt worden, ohne dass der Nichtanwesenheit der Principale Erwähnung geschehen, lediglich als „Geschäftsgehilfen" bezeichnet werden, als unwirksam erachtet worden sind, vgl. die in Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 31, S. 455 und in Fenner und Mecke Archiv Bd. III, S. 190 abgedruckte Entscheidung des III. CS. v. 20. Jän. 1882, so steht dies mit der vorliegenden Auffassung nicht im Widerspruch. Denn aus der blossen Eigenschaft eines Geschäftsgehilfen, auch wenn dieser das Zahlungsbegehren entgegennahm, lässt sich nicht mit hinreichendem Grunde auf eine Ermächtigung zur Erklärung auf die Wechselpräsentation schliessen. Ob diesseits dem in Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. III, S. 90 abgedruckten U. des

III. CS., welches auch das Verhandeln mit der als „Cassierer“ des Bankhauses, welchem der Wechsel zu präsentieren war, bezeichneten Person für nicht geeignet erachtet, die Constatierung der vergeblichen Nachfrage nach dem Principal entbehrlich zu machen, beizustimmen gewesen wäre, namentlich für Fälle, in welchen der Präsentat eine als Einheit organisierte Personenverbindung ist, kann dahingestellt bleiben. Der vorliegende Fall liegt deshalb anders, weil hier durch die Bezeichnung des X sowohl als Cassierer wie als Vorstandsmitglied eine Betheiligung an der Leitung des laufenden Geschäftsverkehrs, eine Zugehörigkeit zu dem leitenden Organ der Gesellschaft zum Ausdruck gebracht ist. (U. I C. S. v. 19. Oct. 1889, Nr. 198).

55. Wirkung der Auflösung einer Actiengesellschaft auf schwebende Dienstverträge.

Es ist bereits wiederholt ausgesprochen worden, dass, da die Actiengesellschaft mit ihrer Auflösung nicht zu existieren aufhört, sondern für den Zweck ihrer Liquidation fortbesteht, die Thatsache der Auflösung schlechthin noch nicht die von der Actiengesellschaft geschlossenen Verträge, die auf Dauer bestimmte Leistungen zum Gegenstande haben, zur Auflösung bringt. Vgl. Entscheidungen des RG. in Civilsachen Bd. 5, S. 7 flg., Bd. IX, S. 14, 15. Es ist vielmehr nach Maassgabe des Inhalts des in Betracht kommenden Vertrags in Bezug auf die Art der darin festgesetzten Leistungen und ihre wirtschaftliche Bedeutung für die Betheiligten zu prüfen, ob die Leistungen oder ihre Annahme wegen der in den Verhältnissen der Actiengesellschaft durch den Eintritt in den Liquidationszustand eintretenden Veränderung entweder überhaupt oder doch in der durch den Vertrag ihnen zugewiesenen Bedeutung und Zweckbestimmung unmöglich werden. Danach lässt sich aber durchaus nicht mit dem BG. allgemein annehmen, dass mit der Auflösung der Actiengesellschaft alle von derselben mit ihren Bediensteten geschlossenen Dienstverträge von selbst aufgelöst würden. Ebenso erscheint die speciell auf den vorliegenden Dienstvertrag angewendete Ausführung, dass, wenn die dienstlich übernommene Stellung die des Vorstands der Actiengesellschaft war, und der Bedienstete bei Auflösung der Gesellschaft sich zum Liquidator bestellen liess, die Auflösung des bestandenen Dienstverhältnisses infolge der Auflösung der Actiengesellschaft keinem Bedenken unterliegen könne, da mit Eintritt der Liquidation der Bedienstete seinen Wirkungskreis als Vorstand verloren habe und nur noch als Liquidator thätig sein könne, in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Der Wirkungskreis des Vorstands einer ihr Unternehmen uneingeschränkt betreibenden Actiengesellschaft und der des Liquidators einer in Liquidation getretenen sind, vom Dienstvertrage aus betrachtet, nicht derartig gegensätzlich, dass nicht die Uebernahme der Dienste als Liquidator lediglich die im Rahmen des die Anstellung als Vorstand betreffenden Vertrags geschehene und im Sinne desselben gebotene Anpassung der Art der Dienstleistungen entsprechend der Veränderung der Lage der Gesellschaft sein könnte. Hiefür spricht schon der Abs. 1 des Art. 244: „Die Liquidation geschieht durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluss der Actionäre an andere Personen übertragen wird.“ Die Uebertragung der Vorstandsstellung wird in der Regel nicht lediglich im Sinne einer blossen Vollmacht zur Vornahme erforderlicher Rechtsacte Namens der Gesellschaft, sondern, wenn sie unter Abschluss eines Dienstvertrags erfolgt, unter Uebertragung der Geschäftsführung geschehen. Erfolgt dieselbe bei einem industriellen Unternehmen an eine mit den entsprechenden technischen Kenntnissen ausgerüstete Person, so dass ein sog. technischer Director bestellt wird, so liegt das Interesse der Gesellschaft daran nahe, sich dieser Kraft auch für die Liquidation, bei welcher die Abwicklung der Geschäfte und die vortheilhafte Realisierung der Maschinen und Utensilien ebenfalls technische Kenntnisse erfordern, und welche Jahre in Anspruch nehmen kann, auch für einen Geschäftsbetrieb zum Zwecke der Ausführung bereits vor der Auflösung empfangener Aufträge wie zur Aufarbeitung vorhandenen Materials noch Raum lässt, noch zu bedienen und der betreffenden Person die Vertretungsfunction, nunmehr natürlich innerhalb der Grenzen, welche die Einschränkung des Zwecks mit sich bringt, zu belassen. (U. I. C. S. v. 9. Oct. 1889, Nr. 182).

Verantwortlicher Redacteur: Dr. Leo Geller. — Verleger: Moritz Perles.
Druck von R. Spies & Co. in Wien.

Systematisches Register

über die im Oesterreichischen Centralblatt für juristische Praxis Band VII enthaltenen Entscheidungen.

(Die ledigen Zahlen am Ende der Sätze bezeichnen die Reihenzahlen, das sind die Nummern, unter welchen die Entscheidungen eingereiht sind, jene mit einem S. die Seitenzahlen. Die fettgedruckten Zahlen bezeichnen Entscheidungen, welche in das Judicatenbuch oder das Spruchrepertorium eingetragen sind.)

Erster Theil.

I. Allgemeine Rechtsgrundsätze.

A. Rechtsquellen.

a) Gesetz und Verordnung. Entbehrlichkeit eines Gesetzgebungsacts zur Einbeziehung von Grundstücken in ein Fideicommiss, welche aus dem Erlöse von Realitäten desselben Fideicommisses angekauft wurden 407.

b) Privat- und öffentliches Recht. Privat- oder Gemeingebrauch? Besitz der Gemeinde bei einem durch die Ortsbewohner ausgeübten Fussteige 409. — Privatbesitz oder Gemeingebrauch an der zur Herstellung einer Verbindung zwischen der Strasse und einem Hause von dem Besitzer des letzteren auf eigene Kosten errichteten Brücke über den Strassengraben? 166. — Zwangsvollstreckung in ein für Schulzwecke gewidmetes, früher verpfändetes Grundstück? 165.

c) Zeitliche Collision der Gesetze. Fortbestand der vor dem Gesetze v. 26. Mai 1888 erfolgten Beschlagnahme (Einantwortung) einer durch dieses Gesetz dem Zugriff entzogenen Pension auch unter der Wirksamkeit dieses Gesetzes 164. — Einflusslosigkeit des Gesetzes v. 26. Mai 1888 über Beschränkung der Execution auf Bezüge aus Privatdiensten auf vor dessen Inkrafttreten erworbene Rechte 34. 379.

d) Oertliche Collision der Gesetze. Beurtheilung der Vertragsfähigkeit eines Contrahenten nach dem Recht am Orte des geschlossenen Vertrages 287. — Unwirksamkeit des in dem Processe eines nach österr. Recht processunfähigen Oesterreichers von einem ausländischen Richter gefällten Urtheils in Oesterreich 35.

B. Personen.

a) Rechtsfähigkeit. Giltigkeit der von einem beschränkt verpflichtungsfähigen Minderjährigen getroffenen Abrede über den Zahlungsort? 408. — Beginn und Vollendung der Verjährung gegen Pflegebefohlene 85. — Ersatzpflicht des Minderjährigen gegen den Dritten, der für ein Delict des Ersteren Entschädigung geleistet hat 380. — Begriff einer eigenen Haushaltung im Sinne des § 174 bGb. 223. — Unwirksamkeit des in dem Processe eines nach österr. Recht processunfähigen Oesterreichers von einem ausländischen Richter gefällten Urtheils in Oesterreich 35.

b) Juristische Personen. Legitimation einer juristischen Person zu Grundbuchsgesuchen 57.

C. Sachen (Zugehör).

Ist der vom Mieter eines Ladens errichtete Auslagekasten ein Zugehör des Ladens? 167. — Fortbestand und Geltendmachung des Pfandrechts an den nach der Pfändung zum fundus instructus einer Liegenschaft gewidmeten Fahrnissen 40.

D. Actionenrecht.

a) **Klage.** Zulässigkeit der Präjudicialklage auf Anerkennung der Ehelichkeit des in einer später für ungiltig erklärten Putativehe geborenen Kindes; Unzulässigkeit derselben auf Anerkennung des einstigen Erbrechts 139. — Zulässigkeit der Präjudicialklage hinsichtlich der vom Veräusserer dem Erwerber einer Liegenschaft überbundenen Theilungsbeschränkung 249. — Entschädigungsklage des Mieters gegen den Besitznachfolger des Vermieters wegen Nichtanerkennung des Eigentums am Auslagekasten? 167.

b) **Legitimation.** Legitimation des Hausverwalters zur Klage aus dem Mietsvertrage? 137. — Legitimation des ersten Käufers einer vor der Uebergabe anderweitig veräusserten Liegenschaft zur Anfechtung der späteren Veräusserung als einer Scheinhandlung? 342. — Passivlegitimation des Gemeindevorstehers als einer Privatperson für die Klage wegen Besitzstörung durch die von ihm zum Zwecke der Beschaffung von Trinkwasser für den Pfarrer bewirkte Ableitung einer dem Privatgebrauch dienenden Quelle 248. — Passivlegitimation des wenn auch irrtümlich erbserklärten Gatten des Erblassers für Schuldklagen gegen eine Verlassenschaft 89. — Passivlegitimation eines von mehreren Mitbesitzern für die Eigentumsklage? 1.

c) **Begründung.** Substanzierung und Begründung der Klage auf den Pflichttheil 306.

E. Verjährung.

Beginn und Vollendung der Verjährung gegen Pflegebefohlene 85. — Verjährung urtheilsmässig zuerkannter Zinsen 36. — Triennalverjährung des periodisch zu entrichtenden Entgelts für eine Afterverpachtung 86. — Unterbrechung der Verjährung einer Schuld durch Zulassung der Aufnahme derselben in das Nachlassinventar 348. — Vereinbarung einer kürzer als die gesetzliche Verjährungsfrist bemessenen Präclusivfrist für die Geltendmachung eines Vertragsanspruchs 128.

II. Sachenrecht.

A. Besitz und Grundbuchsrecht.

1. Besitz.

a) **Begriff, Umfang, Erwerb.** Rechtsbesitz oder Precarium? 207. — Besitz der Gemeinde bei einem durch die Ortsbewohner ausgeübten Fussteige 409. — Privatbesitz oder Gemeingebrauch an der zur Herstellung einer Verbindung zwischen der Strasse und einem Hause von dem Besitzer des letzteren auf eigene Kosten errichteten Brücke über den Strassengraben? 166. — Anspruch des Sequesters auf Besitzesschutz 339. — Rechtliche Natur des Mitbenützungsrechts der Angehörigen einer Familie an dem Gute einer Nachbargemeinde; Erwerbung dieses Rechts durch Ersitzung 250.

b) **Ersitzung.** Erwerbung des Mitbenützungsrechts der Angehörigen einer Familie an dem Gute einer Nachbargemeinde durch Ersitzung 250. — Einrede der Ersitzung gegen die Eigentumsklage des bücherlichen Einzelnachfolgers in ein Grundstück 1. — Unzulässigkeit der Einrede der Ersitzung gegen den gutgläubigen Einzelnachfolger in ein Grundstück 208.

c) **Besitzstörung und Besitzklage.** Begriff der Eigenmacht: Einwilligung in die Besitzentsetzung durch stillschweigende Duldung derselben? 129. — Besitz-

störung durch den Mitbesitzer 247. — Besitzstörung durch Bewirtung von Gästen auf fremder Wiese 289. — Besitzstörung durch die von einem Gemeindevorsteher zum Zwecke der Beschaffung von Trinkwasser für den Pfarrer bewirkte Ableitung einer dem Privatgebrauch dienenden Quelle; Passivlegitimation des Gemeindevorstehers als einer Privatperson für die Klage wegen dieser Besitzstörung 248. — Zuständigkeit der Gerichte für die Besitzstörungsklage der Gemeinde hinsichtlich eines durch die Ortsbewohner ausgeübten Fussteigs 409. — Verantwortlichkeit für die von dem Werkführer in Ausführung der bestellten Arbeit begangene Besitzstörung 290.

2. Grundbuchsrecht.

a) **Tabularbesitz.** Einrede der Ersitzung gegen die Eigentumsklage des bücherlichen Einzelnachfolgers in ein Grundstück 1.208.

b) **Publica fides.** Begriff des Vertrauens in das Grundbuch 1. — Hinfälligkeit des executiven Rechtserwerbs an einer indebite haftenden Hypothekarforderung 3. — Sicherheit des gutgläubigen executiven Rechtserwerbs an einer indebite haftenden Hypothekarforderung 4. — Sicherheit des bücherlichen Erwerbs einer Liegenschaft trotz der Kenntnis der früher ausserbücherlich erfolgten anderweiten Veräusserung. 130. — Verhältnis des bücherlichen Erwerbs zur Ersitzung 1. 208. — Wirksamkeit des von einem Gläubiger des Erben auf die demselben angefallenen und inzwischen ausserbücherlich veräusserte Liegenschaft nach § 822 bGb. erworbenen Pfandrechts 216.

B. Eigentum.

a) **Erwerb.** *α*) **Ursprünglicher.** Eigentumserwerb des Verpächters an den vom Pächter in das gepachtete Grundstück eingepflanzten Bäumen? 382. — Anspruch der Gemeinde auf Beseitigung einer mit ihrer Einwilligung auf ihrem Grunde von einem Privaten hergestellten Brücke? 292. — *β*) **Abgeleiteter.** Unanfechtbarkeit der anderweiten Veräusserung einer bereits verkauften und noch nicht übergebenen Liegenschaft wegen der Kenntnis des späteren Erwerbers von dem früheren Verkaufe; Legitimation des ersten Käufers zur Anfechtung der späteren Veräusserung als einer Scheinhandlung? Unanwendbarkeit des Anfechtungsgesetzes auf die Anfechtung der zweiten Veräusserung 342. — Verhältnis des bücherlichen Erwerbs zur Ersitzung 1. 208. — Wirkung der Cession 252. 413. — Uebersendung durch die Post 341.

b) **Miteigentum.** Unerheblichkeit der Ausführung von Baulichkeiten auf dem gemeinschaftlichen Grundstücke durch einen Miteigentümer für das Recht jedes anderen Theilhabers auf gerichtliche Feilbietung des Grundstücks 291. — Passivlegitimation eines von mehreren Mitbesitzern für die Eigentumsklage? 1. — — Festsetzung der Feilbietungsbedingnisse bei der Entscheidung über die Klage und Aufhebung der Gemeinschaft an einer Liegenschaft 168.

c) **Nachbarrecht.** Wirksamkeit der Bestimmung der strittigen Grenze zwischen zwei Liegenschaften durch einen von beiden Theilen gewählten Schiedsmann 2. — Anspruch auf gerichtliche Grenzerneuerung nach abgeschlossenem Vergleich auf Grenzerneuerung durch Schiedsmänner; Art der Geltendmachung dieses Anspruchs 76. — Unstatthaftigkeit der Bestimmung strittiger Grenzen im ausserstreitigen Verfahren gegen den Widerspruch des anderen Theils 169. — Ersatzpflicht des Nachbars für den durch das Hinwegräumen der Stützen an nebeneinander bestehenden und sich gegenseitig stützenden Häusern dem Andern zugefügten Schaden 131.

d) **Eigentumsbeschränkungen.** Wirksamkeit der vom Veräusserer dem Erwerber überbundenen, jenem durch den Hypothekar auferlegten Theilungsbeschränkung hinsichtlich des Hypothekarguts; Zulässigkeit der Präjudicialklage hinsichtlich dieser Theilungsbeschränkung; Legitimation des Veräusserers für dieselbe; Unzulässigkeit einer Executionsandrohung für den Fall der Verletzung der durch vertragsmässige Sanction nicht geschützten Theilungsbeschränkung 249.

e) **Eigentumsklage.** Passivlegitimation eines von mehreren Mitbesitzern für die Eigentumsklage? 1. — Beweis der Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einer Liegenschaft durch die Catastralmappe 208. — Einrede der Ersitzung gegen die Eigentumsklage des bücherlichen Einzelnachfolgers in ein Grundstück 1. 208.

C. Servituten.

Grunddienstbarkeit oder persönliches Gebrauchsrecht? 37. — Wohnungsrecht oder Fruchtniessung? 293. — Ausgeding einer besonderen Wohnung: Wohnungsrecht oder Fruchtgenuss? 38. — Umfang des Rechts der „freien Wohnung" auf einer Wirtschaft: Aufnahme eines Ehegenossen in die Wohnung 410. — Unstatthaftigkeit des Zugriffs auf das Wohnungsrecht 293. — Besitz der servitus ne luminibus officiatur durch Unterhaltung eines in des Nachbars Raum sich öffnenden Fensters 209. — Gegenseitige Servitutsrechte der nebeneinander bestehenden und sich gegenseitig stützenden Häuser; Ersatzpflicht des Nachbars für den durch das Hinwegräumen der Stützen dem Anderen zugefügten Schaden 131. — Wegfall der Servituten von jenen Trennstücken des dienenden Guts, auf welche deren Ausübung nicht hinübergreift 132.

D. Pfandrecht.

a) **Gegenstand.** Zwansvollstreckung in ein für Schulzwecke gewidmetes, früher verpfändetes Grundstück? 165. — Fortbestand der vor dem Ges. v. 26. Mai 1888 erfolgten Beschlagnahme (Einantwortung) einer durch dieses Gesetz dem Zugrift entzogenen Pension auch unter der Wirksamkeit dieses Gesetzes 164. — Einflusslosigkeit des Ges. v. 26. Mai 1888 über Beschränkungen der Execution auf Bezüge aus Privatdiensten auf vor dessen Inkrafttreten erworbene Rechte 34. 379.

b) **Arten.** α) **Gesetzliches Pfandrecht.** Pfandprivilegium der Erwerbsteuer-Rückstände einer Schiffahrtsunternehmung an dem Schiffe 340. — Pfandprivilegium der Erwerb- und Einkommensteuer von einem Müllergewerbe an der Mühle 78. — Geltung des Pfandprivilegiums der Steuern für die Kosten der executiven Einverleibung 411. — Pfandprivilegium der Kosten der Einmahnung einer Grundsteuerschuld? 41. — Unerheblichkeit der mala fides superveniens für den Bestand des durch die Illation erworbenen Pfandrechts 384. — Unerheblichkeit der Wegbringung der Illaten für den Bestand des durch pfandweise Beschreibung bereits fixierten Pfandrechts 384.

c) **Umfang.** α) **In objectiver Hinsicht.** Anspruch des bei der Meistgebotvertheilung leer ausgegangenen Hypothekars auf die Brandschadenvergütung 39. — Zugehör: Fortbestand und Geltendmachung des Pfandrechts an den nach der Pfändung zum fundus instructus einer Liegenschaft gewidmeten Fahrnissen 40. — β) **Hinsichtlich der Forderung.** Geltung des Pfandprivilegiums der Steuern für die Kosten der executiven Einverleibung 411. — Pfandprivilegium der Kosten der Einmahnung einer Grundsteuerschuld? 41.

d) **Rangordnung.** Wirkung der Prioritätsabtretung: Unerheblichkeit der späteren Tilgung der zurücktretenden Forderung für die Rangordnung der vortretenden 382. — Eintritt des leer ausgehenden Vorhypothekars in die Stelle des befriedigten Nachhypothekars an einer Simultanhypothek; Tragweite des § 37 CO. 210. — Voraussetzung für den Eintritt des leer ausgehenden Nachhypothekars in die Stelle des befriedigten Vorhypothekars einer dem Ersteren nur in einem Theile, dem Letzteren im Ganzen verpfändeten Liegenschaft 392. — Wegfall des durch Vorrangseinräumung erworbenen Rechts durch die Löschung der Hypothekarforderung, vor welcher der Vorrang eingeräumt wurde 147. — Wirkung der siegreichen Anfechtung einer Hypothekbestellung den Nachhypothekaren gegenüber 45. 135. S. 275.

e) **Erwerb, Bestand und Erlöschung.** S. oben A 2 b.

III. Obligationenrecht.

A. Allgemeines.

a) Verträge. *α*) **Abschluss.** Vertragsschluss durch concludente Handlungen 412. — Anerkennung eines höheren als des urkundlich festgesetzten Zinsfusses durch Abfuhr höherer Zinsen 42. — *β*) **Form.** Erfordernis der beiderseitigen Unterschrift eines gerichtlichen Vergleichs 43. — Ungiltigkeit der nicht notariell errichteten Schenkung auf den Todesfall 303. — *γ*) **Subjecte.** Verträge zu Gunsten Dritter: Wirksamkeit des vom Gläubiger einem (interessierten) Dritten gegenüber erklärten Schulderlasses 412. — Haftpflicht der Ehefrau aus von ihrem Manne für ihre Rechnung geschlossenen Geschäften 138. — *δ*) **Correalobligationen.** Rückgriff des einen Correalschuldners, welcher eine gemeinschaftliche Schuld zu Gerichtshanden erlegt hat, gegen den andern 385. — Wirkung der Novation aus dem Vertrage mit einem Mitschuldner den anderen gegenüber 44.

b) Anerkennung. Anerkennung eines höheren als des urkundlich festgesetzten Zinsfusses durch Abfuhr höherer Zinsen 42. — Anerkennung einer Schuld seitens des Erben durch Zulassung der Aufnahme derselben in das Nachlassinventar 343.

c) Zahlung und Erfüllung. Wirkung der ratenweisen Zahlung auf den Bestand einer verzinslichen Forderung 36. — Bestimmung der Zahlungszeit und der Raten einer in „mässigen Raten“ zu entrichtenden Schuld 134. — Recht der Zurückbehaltung des Kaufschillingsrechts von einer Liegenschaft bis zu der vom Verkäufer übernommenen Löschung der hierauf haftenden Lasten 133. — Zulässigkeit der gerichtlichen Sequestration einer Liegenschaft wegen Uebernahmevorzugs des Käufers 144. — Voraussetzung der condictio indebiti: Zahlung aus Irrtum 186. — Condictio indebiti: Rückforderung der dem durch ein Delict Beschädigten von einem Dritten behufs Straflosstellung des Schuldigen geleisteten Entschädigung in dem den festgestellten Schaden übersteigenden Betrage 299.

d) Zinsen. Verjährung urtheilsmässig zuerkannter Zinsen 36. — Anerkennung eines höheren als des urkundlich festgesetzten Zinsfusses durch Abfuhr höherer Zinsen 42.

e) Anfechtung. (S. auch Vierter Theil X.) *α*) **Im Concursverfahren.** Begriff der unentgeltlichen Verfügung S. 123. — Begriff der Zahlungseinstellung S. 326. — Kenntnis der Zahlungseinstellung: Erheblichkeit des subjectiven Moments S. 467. — Begriff der Benachtheiligung S. 327. — Anfechtbarkeit einer gerichtlichen Pfändung 110. — Anfechtbarkeit einer Zwangsvollstreckung nach § 6 AnfG. 25. — Anfechtung des realisierten Vollstreckungspfandrechts S. 466. — Anfechtung einer gerichtlichen Pfändung nach erfolgter Versteigerung der Pfandsache; Gegenstand und Umfang der Rückgewähr S. 276. — Anfechtbarkeit der nach der Zahlungseinstellung eines registrierten Kaufmanns erwirkten Pfändung 171. — Unanfechtbarkeit der Zahlung einer noch nicht fälligen Schuld seitens eines nicht registrierten Kaufmanns 79. — Unerheblichkeit des vor der kritischen Zeit, aber im Zustande der Ueberschuldung gemachten Sicherstellungsversprechens für den begünstigenden Charakter der in der kritischen Zeit gewährten Sicherstellung 211. 212. — Begünstigender Charakter der bei der Darlehensaufnahme in der kritischen Zeit gewährten Sicherstellung 212. — Erfordernis des Nachweises der Fraudulosität für die Anfechtung einer Rechtshandlung in fraudem creditorum 294. — Benachtheiligung der Gläubiger durch eine Schuldanerkennung 344. — Anfechtbare Rückgewähr des Heiratsguts durch Verwendung des Geldes, in welchem dasselbe bestellt wurde, zum Ankauf eines Grundstücks für die Ehefrau S. 723. — Anfechtung der von dem Schuldner zur Herbeiführung eines Ausgleichs mit seinen Gläubigern gemachten Honorarzusicherungen 251. — Befreiende Wirkung der Rückgewähr an einen anfechtungsberechtigten Gläubiger; Wirkungslosigkeit der Rückgewähr an einen Unberechtigten S. 722. — Befreiung von der Rückgewährspflicht aus der anfechtbaren Handlung durch einmalige Rückgewähr des Empfangenen S. 722. — Wirkung der siegreichen Anfechtung einer Hypothekbestellung im Concurse den Nachhypothekaren gegenüber S. 275. — Unanfechtbarkeit der anderweiten Veräusserung einer bereits

verkauften und noch nicht übergebenen Liegenschaft wegen der Kenntnis des späteren Erwerbers von dem früheren Verkaufe; Legitimation des ersten Käufers zur Anfechtung der späteren Veräusserung als einer Scheinhandlung? Unanwendbarkeit des Anfechtungsgesetzes auf die Anfechtung der zweiten Veräusserung 342. — β) **Ausser dem Concurse.** Anfechtung entgeltlicher Verfügungen zwischen Verwandten ausserhalb des Concurses: Benachtheiligung der Gläubiger durch Uebertragung des Geschäfts samt Activen und Passiven? 172. — Erfolglose Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners als Voraussetzung der Anfechtung von dessen Rechtshandlungen ausser dem Concurse S. 59. — Unanfechtbarkeit der Begünstigung eines Gläubigers ausserhalb des Concursverfahrens 294. — Voraussetzung für die Anfechtung der Zahlung oder Sicherstellung einer fälligen Schuld in fraudem creditoris ausserhalb des Concurses S. 276. — Umfang des Anfechtungsanspruchs ausser dem Concurse S. 124. — Wirkung der Unwirksamerklärung einer Pfandbestellung den nachfolgenden Pfandgläubigern gegenüber 45. 135. S. 275.

f) **Gewährleistung.** Anfangspunkt der Frist für die Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs 136.

g) **Schadenersatz.** Haftpflicht des Absenders einer ohne Wertdeclaration der Post übergebenen Wertsendung für den Abgang während des Transports 341. — Haftpflicht der Eisenbahnunternehmung für das von ihrem Bediensteten bei seiner Dienstleistung infolge der Witterungsverhältnisse sich zugezogene Leiden und für den dadurch bedingten Schaden? 300. — Verpflichtung zur Zahlung eines Schmerzgeldes für eine verschuldete Frühgeburt; Unabhängigkeit der Höhe des Schmerzgeldes von der Lebensstellung der Beschädigten 214. — Voraussetzung und Umfang der Haftpflicht der Militärverwaltung für den Schaden an zu Einquartierungszwecken dienenden Gegenständen 170. — Umfang der Haftpflicht des Verwahrers für Beschädigungen; Beweispflicht desselben für den Mangel eines Verschuldens 46. — Ersatzpflicht des Nachbars für den durch das Hinwegräumen der Stützen an nebeneinander bestehenden und sich gegenseitig stützenden Häusern dem Andern zugefügten Schaden 131. — Rückforderung der dem durch ein Delict Beschädigten von einem Dritten behufs Strafloshaltung des Schuldigen geleisteten Entschädigung in dem den festgestellten Schaden übersteigenden Betrage 299. — Zwangsweise Versteigerung einer Liegenschaft wegen einer indebite haftenden Forderung und Weiterveräusserung derselben durch den sie erstehenden Executionsführer; Anspruch des Executen gegen den Letzteren auf Rückstellung der Liegenschaft oder auf Schadenersatz? 215.

h) **Conventionalstrafe.** Entbehrlichkeit des Nachweises eines erlittenen Schadens für den Anspruch auf die Conventionalstrafe 213.

i) **Novation.** Correalobligation: Wirkung der Novation aus dem Vertrage mit einem Mitschuldner dem anderen gegenüber 44.

k) **Cession.** Cessionsvaluta oder Afterpachtzins? 86. — Collision zwischen der Cession und der zwangsweisen Einantwortung einer Forderung: Entbehrlichkeit der Verständigung des Cessus für den Uebergang der Forderung auf den Cessionar 252. — Unwirksamkeit der nach der Cession eines Vermächtnisanspruchs von einem Dritten erwirkten zwangsweisen Einantwortung desselben 413. — Abtretung eines Theils der mit der Rechnungsklage zugleich geltend gemachten Forderung an einen Dritten; Eintritt des Cessionars in den anhängigen Process 269.

l) **Schulderlass.** Wirksamkeit des vom Gläubiger einem (interessierten) Dritten gegenüber erklärten Schulderlasses 412.

B. Einzelne Obligationen.

1. Geschäftsobligationen.

a) **Verwahrung.** Umfang der Haftpflicht des Verwahrers für Beschädigungen; Beweispflicht desselben für den Mangel eines Verschuldens 46.

b) **Schenkung.** Ungiltigkeit der nicht notariell errichteten Schenkung auf den Todesfall 303.

e) **Sachmiete und Pacht.** Rücktritt von der Wohnungsmiete wegen Unreinlichkeit der Wohnung 296. — Unanwendbarkeit des § 1118 auf Mietverträge, deren Dauer mit dem Zeitabschnitte, für welchen der Mietzins zu entrichten ist, zusammenfällt 137. — Kündigungsrecht des Pächters nach der Zwangsversteigerung des Pachtgegenstands; Kündigungstermin 386. — Uebergang der Rechte des Vorbesitzers gegen den Mieter auf den Erwerber der Mietsache 87. — Kauf bricht Miete: Kündigungsrecht des neuen Besitzers gegen den noch nicht eingezogenen Mieter 80. — Legitimation des Hausverwalters zur Klage aus dem Mietvertrage? 137. — Ist der vom Mieter eines Ladens errichtete Auslagekasten ein Zugehör des Ladens? 167. — Unerheblichkeit der mala fides superveniens für den Bestand des durch die Illation erworbenen Pfandrechts 384. — Unerheblichkeit der Wegbringung der Illaten für den Bestand des durch pfandweise Beschreibung bereits fixierten Pfandrechts 384. — Nichtanerkennung des Eigentums des Mieters am Auslagekasten seitens des Besitznachfolgers des Vermieters Grund zur Entschädigungsklage gegen Letzteren? 167. — Cessionsvaluta oder Afterpachtzins? Triennalverjährung des periodisch zu entrichtenden Entgelts für eine Afterverpachtung 86. — Eigentumserwerb des Verpächters an den vom Pächter in das gepachtete Grundstück eingepflanzten Bäumen? 382. — Voraussetzung für die Rückforderung einer bestellten und für den Rückbehalt einer empfangenen Pachtcaution 295.

d) **Dienstmiete und Werkverdingung.** Zum Begriff „Dienstbote“ im Sinne des § 1172 bGb. und der Dienstbotenordnungen; Umfang der Pflicht des Dienstherrn bei Erkrankung des Dienstboten 298. — Aufforderung an einen Baumeister zur Mitbewerbung um einen Bau unter Vorlage eines Kostenvoranschlags: Einladung zu einem Offert oder locatio conductio operis hinsichtlich des Kostenvoranschlags? 387. — Geschäftsvermittlung; Umfang des Anspruchs des ersten Vermittlers auf die Provision, wenn das Geschäft später durch Vermittlung eines Anderen zustande gekommen ist 298.

2. Obligationen aus einseitigen Handlungen und Delicten.

a) **Versio in rem.** Entschädigungsklage des Mieters gegen den Besitznachfolger des Vermieters wegen Nichtanerkennung des Eigentums am Auslagekasten? 167.

b) **Delictsobligationen.** (S. oben A e.) Ersatzpflicht des Minderjährigen gegen den Dritten, der für ein Delict des Ersteren Entschädigung geleistet hat 380.

IV. Familienrecht.

A. Eherecht.

a) **Eherecht.** Unzulässigkeit der nachträglichen Umänderung der freiwilligen Ehescheidung in eine aus Verschulden eines Ehetheils entstandene 302.

b) **Ehegüterrecht.** Unstatthaftigkeit eines Anspruchs auf Rückstellung des Gegebenen aus ungiltigen Ehepacten 346. — Ungiltigkeit der nicht notariell errichteten Ehepacte 346. — Alimentationsanspruch der blos factisch geschiedenen Gattin aus dem durch Entrichtung und Annahme der Alimente getroffenen Uebereinkommen 173. — Haftpflicht der Ehefrau aus von ihrem Manne für ihre Rechnung geschlossenen Geschäften 138.

B. Eltern- und Kindesrecht.

a) **Verhältnis der Eltern zu ihren ehelichen Kindern.** Anspruch der Tochter, nicht aber ihres Mannes, auf Bestellung eines Heiratsguts nach geschlossener Ehe; Geltendmachung dieses Anspruchs im ausserstreitigen Verfahren 345. — Unzulässigkeit eines anderen Beweises als durch Notariatsact über die erfolgte Zuzählung des Heiratsguts 346. — Beweis durch den Haupteid über die erfolgte Zuzählung eines notariell zugesicherten Heiratsguts 347. — Begriff einer eigenen Haushaltung im Sinne des § 174 bGb. 223.

b) **Verhältnis des Vaters zum ausserehelichen Kinde.** Zulässigkeit der Präjudicialklage auf Anerkennung der Ehelichkeit des in einer später für ungiltig erklärten Putativehe geborenen Kindes 139. — Beweiswert der in die Geburtsmatrik eingetragenen Vaterschaftsanerkennung zu einem ausserehelichen Kinde gegen Dritte 88.

V. Erbrecht.

A. Erbfolge.

a) **Nachlass.** Zugehörigkeit der Forderung aus einer auf den Inhaber lautenden Lebensversicherungspolizze in den Nachlass des Versicherten 414. — Einbeziehung der Versicherungssumme in den Nachlass des in einer Tontinenversicherung Versicherten 174. — Nichtzugehörigkeit des Capitals aus einer Lebensversicherung zum Nachlass 304. — Passivlegitimation des wenn auch irrtümlich erbserklärten Gatten des Erblassers für Schuldklagen gegen eine Verlassenschaft 89. — Unerheblichkeit der fremden Staatsbürgerschaft des in seinem hierländischen Domicil verstorbenen Erblassers für die Gebürenpflicht des hierlands abgehandelten Nachlasses nach § 694 bGb. 228. — Unzulässigkeit der Güterabsonderung (nach § 812 bGb.) gegen einen in Concurs geratenen Erben 47. — Zwangsvollstreckung in einen überschuldeten Nachlass nach angeordneter Gläubiger-Convocation (§ 813 bGb.) 7. — Wirkung der Gläubiger-Convocation: Berücksichsichtigung der nach Ablauf der Edictalfrist, aber vor der Nachlassvertheilung angemeldeten Forderung 350. — Rechtsfolgen der jure crediti erfolgten Einantwortung einer Verlassenschaft bei executiver Eintreibung einer Verlassenschaftsschuld 259.

b) **Berufung zur Erbfolge. Testament.** Erbvertrag oder wechselseitiges Testament? 88. — Giltigkeit des theils mit Tinte, theils mit Bleistift geschriebenen, vielfach durchstrichenen und berichtigten und nicht datierten holographen Testaments 348. — Unerheblichkeit des nicht ausgeführten Vorhabens des Erblassers, ein anderes Testament zu errichten 348. — Unerheblichkeit des Mangels persönlicher Bekanntschaft zwischen dem Erblasser und dem Zeugen eines mündlichen Testaments für die Giltigkeit des letzteren 305. — Ein Noterbe kann nicht zugleich sich aus dem Testamente erbserklären und den Pflichttheil in Anspruch nehmen 349. — Legitimation des Curator absentis zur Erbserklärung für den Curanden vor Ablauf der Edictalfrist? 12. — Unzulässigkeit der Präjudicialklage auf Anerkennung des einstigen Erbrechts des in einer später für ungiltig erklärten Putativehe geborenen Kindes 139. — Errichtung einer Stiftung durch Erbeinsetzung einer Corporation mit der Auflage der Verwendung der Früchte des Erbvermögens zu einem wohlthätigen Zwecke 288. — Verhältnis des § 808 zu § 774 bGb. 349.

c) **Fideicommiss.** Entbehrlichkeit eines Gesetzgebungsacts zur Einbeziehung von Grundstücken in ein Fideicommiss, welche aus dem Erlöse von Realitäten desselben Fideicommisses angekauft wurden 407.

d) **Vermächtnisse.** Auslegung eines auf ein Vermächtnis für das Ortsarmeninstitut folgenden zweiten Vermächtnisses für „würdige und dürftige Arme“ 219. — Unwirksamkeit der nach der Cession eines Vermächtnisanspruchs von einem Dritten erwirkten zwangsweisen Einantwortung desselben 413.

B. Rechtliche Stellung der Erben.

a) **Nach aussen.** Voraussetzung und Art der Sicherstellung des Erbengläubigers nach § 822 bGb. 253. 254. — Art der Sicherstellung des Erbengläubigers nach § 822 bGb.: Unzulässigkeit der Sequestration des angefallenen Erbguts 217. — Wirksamkeit des von einem Gläubiger des Erben auf die demselben angefallene und inzwischen ausserbücherlich veräusserte Liegenschaft nach § 822 erworbenen Pfandrechts 216. — Recursrecht des Verlassenschaftsgläubigers gegen eine irrige Berechnung und Sicherstellung des Pflichttheils 218.



Zweiter Theil: Handels- und Wechselrecht.

I. Handelsrecht.

A. Handelsstand.

B. Handelsgeschäfte.

Theile der Leistung 418. — Distanzkauf: Unerheblichkeit des Verzugs in der Annahme der vertragswidrig gelieferten Waare für das Redhibitionsrecht des Verkäufers: Beweispflicht des Verkäufers für die Probemässigkeit der Ware 143. — Distanzkauf: Bemänglung und Dispositionsstellung eines Theils der theilbaren Ware bei Annahme des anderen Theils; Dispositionsstellung durch Rücksendung der Ware an den Verkäufer? Wegfall der Einrede wegen Mängel bei unterbliebener Feststellung der Mängel und nach erfolgter Veräusserung der vom Verkäufer nicht zurückgenommenen Ware durch den Frachtführer; Beweisführung über die Mängel einer nicht mehr vorhandenen Ware durch Zeugen und Eideszuschiebung? 82. — Distanzkauf einer Waare bestimmter Kategorie nach Probe; Unerheblichkeit der zollamtlichen Behandlung dieser Ware als solcher einer anderen Kategorie für die Verbindlichkeit des Käufers; Wirkung der Probewidrigkeit eines Theils der Ware im Fall der Theilbarkeit der Erfüllung 352. — Frist zur Untersuchung und Bemängelung einer gegen Nachnahme gelieferten Waare 103. — Zeit und Ort der Prüfung einer gekauften Ware S. 60. — Genehmigung der bemängelten Ware bei unterbliebener Dispositionsstellung 103. — Wirkung der Uebersendung einer Ausfallsprobe S. 326. — Bedeutung der dem Verkäufer zu gewährenden Nachfrist zur Erfüllung S. 327. — Solidarverpflichtung der eine Ware in ihrem Handelsgeschäfte bestellenden Eheleute zur Zahlung des Kaufpreises 255. — Rechtliche Folgen des Annahmeverzugs S. 397. — Unterschied von mittelschön zu schön 418. — Unstatthaftigkeit des nicht öffentlichen Selbsthilfeverkaufs bei Wertpapieren, die keinen Börse- oder Marktpreis haben 419. — Voraussetzung für die Schadenersatzforderung des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers S. 397. — Voraussetzung für die Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung: Anzeige an den säumigen Contrahenten S. 468. — Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs wegen Nichterfüllung eines Handelskaufs: Nachweis eines thatsächlichen Schadens; Ersatz dieses Nachweises durch die Darthuung erlittener Nachtheile und den Schätzungseid; Beweispflicht des säumigen Contrahenten für den Mangel eines Verschuldens 353. — Begründung des Anspruchs gegen den Verkäufer auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung; Voraussetzung des Anspruchs auf die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem möglichen Erlöse: Nachweis einer Differenz zwischen dem Kauf- und dem Marktpreise oder der Unmöglichkeit der anderweiten Anschaffung der Ware 8.

c) **Commission.** Handelsgewerblicher Charakter des durch den Selbsteintritt des Commissionärs in einen Verkaufsauftrag zustande gekommenen Kaufgeschäfts? 9. — Begriff des Commissionsguts als Gegenstand des Retentionsrechts des Commissionärs S. 523. — Begriff der Preissetzung im Sinne des Art. 363 Hgb. S. 125.

d) **Spedition.** Veräusserung des für einen Dritten mit Beschlag belegten Speditionsguts durch den Spediteur: Voraussetzung und Umfang des Entschädigungsanspruchs des Dritten an den Spediteur 92. — Umfang des Retentionsrechts des Spediteurs hinsichtlich der Forderung S. 61.

e) **Frachtgeschäft.** Begriff des Frachtgeschäfts und des Frachtführers S. 659. — Erlöschung des Anspruchs gegen den Frachtführer infolge der Zurückziehung des Guts vor der Ausführung des Transports? S. 275.

f) **Börsegeschäft.** Begriff des Differenzgeschäfts S. 60. — Unstatthaftigkeit des nicht öffentlichen Selbsthilfeverkaufs bei Wertpapieren, die keinen Börse- oder Marktpreis haben 419.

g) **Versicherung.** Ueberlebens-(Tontinen-)Versicherung: Stellung des Versicherten und des Versicherungsnehmers; Einbeziehung der Versicherungssumme in den Nachlass des Letzteren 174. — Rechtliche Bedeutung der Vertragsbestimmung über die Verwirkung des Versicherungsanspruchs durch den Verzug in der Prämienzahlung: Unerheblichkeit der Einklagung der rückständigen Prämie für jene Folge des Verzugs 311.

II. Wechselrecht.

A. Wechselfähigkeit.

Wechselunfähigkeit des im Sinne des § 246 bGb. beschränkt vertragsfähigen Minderjährigen; Unerheblichkeit seiner späteren Anerkennung des ungiltigen Wechsels 223.

B. Erfordernisse eines gezogenen Wechsels.

Giltigkeit eines Wechsels mit einer durch die Worte: „bis 1. Dec. d. J." bestimmten Zahlungszeit 355.

C. Verbindlichkeit des Ausstellers.

Solidarische Haftung mehrerer Aussteller eines Wechsels S. 274.

D. Annahme.

Umfang der Verbindlichkeit aus einem vom Empfänger ausgefüllten Bianco-Accept 104.

E. Regress.

Umfang des Provisionsanspruchs des Regressnehmers beim Remboursregress (Art. 51) 420. — Rechtsfolge der unterlassenen Präsentation des Wechsels zur Zahlung dem Hauptwechselschuldner gegenüber 312. — Anspruch auf Vorzugszinsen und Kosten aus einem zur Zahlung nicht präsentierten, nicht domicilierten Wechsel? 421.

F. Klage und Einrede.

Gerichtsstand für die Bereicherungsklage aus einem verjährten Wechsel: Unerheblichkeit des in dem Wechsel angegebenen Zahlungsorts für denselben 10. — Zulässigkeit der Einrede des Scheingiro 258. — Substanzierung der Einrede der nicht empfangenen Valuta gegen die Wechselklage S. 63. — Anfechtung eines Wechselaccepts im Concurse durch die Einrede der nicht zugezählten Valuta; Zulässigkeit der Zuschiebung des irreferiblen Haupteids über die Nichtzuzählung der Valuta 224. — Rückerwerb des protestierten Wechsels seitens eines früheren Inhabers; Unzulässigkeit der gegen einen Nachmann begründeten Einrede (der entschiedenen Sache) wider den infolge der Durchstreichung der Indossamente legitimierten früheren Inhaber S. 593.

G. Protest.

Inhalt des Protests: Feststellung der Legitimation des Präsentaten S. 62. — Feststellung der Person, für und gegen welche protestiert wird S. 62. — Wirksamkeit des Protests gegen ein Bankhaus im Falle des Verhandelns mit einem Cassierer desselben S. 723. — Wer ist der Präsentat, wenn der Bezogene verschieden ist von dem Inhaber des Geschäfts, in welchem die Zahlung zu leisten ist? S. 61. — Umfang der Verantwortlichkeit des den Wechselprotest aufnehmenden Beamten für die Ausführung seines Mandats S. 126.

Dritter Theil: Freiwillige Gerichtsbarkeit.

I. Gebietsumfang des ausserstreitigen Verfahrens.

Voraussetzung für die Entscheidung über den Alimentationsanspruch eines Kindes gegen den Vater im ausserstreitigen Verfahren 357. — Geltendmachung des Anspruchs auf Bestellung eines Heiratsguts nach geschlossener Ehe im ausserstreitigen Verfahren 345. — Unstatthaftigkeit der Bestimmung strittiger Grenzen im ausserstreitigen Verfahren gegen den Widerspruch des anderen Theils 169. — Die Verhandlung über ein Gesuch um Bestellung von Liquidatoren einer offenen Gesellschaft fällt unter die ausserstreitige, die Entscheidung über die Wirkung eines Verzichts auf die Liquidation unter die streitige Gerichtsbarkeit 356. — Auftrag an den Concursmasseverwalter und den Cridar zur Löschung der Firma des aufgelassenen Geschäfts 320. — Zulässigkeit der gerichtlichen Sequestration einer Liegenschaft wegen Uebernahmeverzugs des Käufers 144. — Zulässigkeit der gerichtlichen Kündigung einer nicht verbücherten Schuld 225. — Unanwendbarkeit der Grundsätze über die Kostenpflicht der sachfälligen Processpartei im ausserstreitigen Verfahren 356. 357.

II. Notariat.

Anspruch des Notars auf eine Gebür für die ihm von dem Gerichte aufgetragene Vorlage der Urschrift einer Notariatsurkunde (Zu § 50 NotO.) 359. — Anspruch des Notars als Feilbietungscommissär auf eine Schreibgebür und auf Vergütung seines Zeitaufwands beim gerichtlichen Erlage des erzielten Erlöses 52. — Disciplinarbehandlung eines Notars wegen Zuziehung von in seiner Kanzlei prakticierenden Notariatscandidaten als Actzeugen (§ 57 NotO.). Unkenntnis des Gesetzes entschuldigt nicht bei Disciplinarvergehen 429. — Vollstreckbarkeit des einverleibten executionsfähigen Notariatsacts wider den späteren Erwerber des Hypothekarguts 176.

III. Verlassenschaftsabhandung.

Legitimation des Curator absentis zur Erbserklärung für den Curanden vor Ablauf der Edictalfrist (§ 131) 12. — Unerheblichkeit des Realbesitzes der Gesellschaft für die Gerichtszuständigkeit zur Abhandlung des Nachlasses eines öffentlichen Gesellschafters 313. — Hemmung der Verlassenschaftsabhandlung durch die Geltendmachung von Vermächtnisansprüchen? Unpräjudicierlichkeit einer in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Ansicht darüber, ob eine Urkunde als Erbvertrag oder wechselseitiges Testament aufzufassen sei 54. — Unzulässigkeit der Bestimmung einer Präclusivfrist zur Geltendmachung der gegen den Nachlass eines Ausländers angemeldeten Forderung 145. — Unterbrechung der Verjährung einer Schuld durch Zulassung der Aufnahme derselben in das Nachlassinventar 343. — Vertheilung der Parteirollen für die Erbrechtsklage bei widerstreitenden Erbserklärungen der Intestat-Erbprätendenten und jener aus einem festgestellten mündlichen Testamente 13. — Anspruch der Erben auf gerichtliche Schätzung des einem Pflichttheilberechtigten vom Erblasser inter vivos überlassenen Guts zum Behufe der Pflichttheilsberechnung? 55. — Voraussetzung für die Sequestration für einen Miterben gegen den anderen 14. — Legitimation des Erben zum Ansuchen um bücherliche Uebertragung einer für den Erblasser einverleibten Caution bei unterbliebener Anführung der letzteren im Inventare oder Vermögensbekenntnisse 146. — Zulässigkeit der Eigentumseinverleibung aus einer unwiderruflichen Schenkung auf den Todelfall ohne Rücksicht auf die Verlassenschaftsabhandlung 391. — Rechtsfolgen der jure crediti erfolgten Einantwortung einer Verlassenschaft bei executiver Eintreibung einer Verlassesschuld 259. — Art der Erledigung der Rechnung des Erben über die ihm anvertraute Nachlassverwaltung 315. — Legitimation der Finanzprocuratur zum Eingreifen in die Abhandlung eines noch nicht für caduk erklärten Nach-

lasses? 314. — Legitimation der Finanzprocuratur zur Bestreitung der Passiven eines als caduk für den Fiscus in Anspruch genommenen Nachlasses? 53. — Bemessung der Nachlassgebüren zum allgemeinen Versorgungsfonde von dem Nachlasse eines in Wien Verstorbenen: Abrechnung der ausgesetzten frommen Legate 422. — Unerheblichkeit der fremden Staatsbürgerschaft des in seinem hierländigen Domicil verstorbenen Erblassers für die Gebürenpflicht des hierlands abgehandelten Nachlasses nach § 694 bGb. 228.

IV. Pflegschaftswesen.

Wirkung des Erwerbs einer fremden Staatsbürgerschaft seitens minderjähriger Oesterreicher auf deren hierländige Curatel: Zulässigkeit der Ausfolgung ihres Waisenvermögens in das Ausland 227. — Pflegschaft für die Kinder eines in seinem hierländigen Domicil verstorbenen Ausländers: Provisorischer Charakter der Vormundschaft 226. — Voraussetzung der Verhängung der Prodigalitätscuratel über einen in Cisleithanien domicilierenden ungarischen Staatsangehörigen 260.

V. Fideicommisse.

Entbehrlichkeit eines Gesetzgebungsacts zur Einbeziehung von Grundstücken in ein Fideicommiss, welche aus dem Erlöse von Realitäten desselben Fideicommisses angekauft wurden 407.

VI. Amortisation.

Amortisierungsfrist für die Coupons von zum Umtausche in Staatsschuldverschreibungen angemeldeten Actien einer verstaatlichten Eisenbahn 398. — Gerichtszuständigkeit zur Amortisierung von Kuxscheinen 11

VII. Depositenwesen.

Hat das Gericht von amtswegen für die Abschreibung der dem Wechselgläubiger aus dem Gerichtsdeposite erfolgten Gelder auf den Wechsel zu sorgen? 179. — Wirkungslosigkeit und Unstatthaftigkeit der depositenämtlichen Anmerkung der Vorrechtsklage der nachstehenden Pfandgläubiger gegen einen vorgehenden hinsichtlich des gerichtlich verwahrten Meistgebots für versteigerte Fahrnisse 178.

VIII. Grundbuch.

Freitheilbarkeit landtäflicher städtischer Grundstücke; Legitimation einer juristischen Person zu Grundbuchsgesuchen 57. — Intabulationsfähigkeit der steuerämtlichen Steuerrückstandsausweise 316. — Voraussetzung für die Pfandrechtseinverleibung für Steuerstrafen: Nachweis der Rechtskraft der Strafverfügung 177. — Entbehrlichkeit der Mitfertigung der Cessionsurkunde seitens des Cessionars für die Einverleibung derselben 317. — Unanfechtbarkeit der rechtskräftig bewilligten Pfandrechtsvormerkung im Rechtfertigungsprocesse wegen Mängel der Pfandbestellungsurkunde 94. — Passivlegitimation des Einzelnachfolgers des Pränotaten für die Vormerkungsrechtfertigungsklage 93. — Voraussetzung für die bücherliche Anmerkung einer Löschungsklage wegen eingetretener Compensation 263. — Unstatthaftigkeit der grundbücherlichen Anmerkung der Klage auf Erfüllung eines Kaufvertrags; Wirkungslosigkeit einer solchen Anmerkung 319. — Zulässigkeit der grundbücherlichen Anmerkung der Realeigenschaft eines Gewerbes durch die Gerichte zur Herstellung der Uebereinstimmung des neuen Grundbuchs mit dem alten 358. — Wegfall des durch Vorrangseinräumung erworbenen Rechts durch die Löschung der Hypothekarforderung, vor welcher der Vorrang eingeräumt wurde 147. — Voraussetzung

für die Löschung der nach der Anmerkung der Rangordnung für eine beabsichtigte Veräusserung erwirkten Eintragungen: Einverleibung der sohin erfolgten Veräusserung „in der angemerkten Rangordnung" (GbG. § 56) 318. — Vollstreckbarkeit des einverleibten executionsfähigen Notariatsacts wider den späteren Erwerber des Hypothekarguts 176. — Anspruch auf pfandrechtliche Sicherstellung urtheilsmässig zugesprochener künftiger Alimente? 261. — Wann sind Grundbuchsgesuche als gleichzeitig überreicht zu behandeln? 56. — Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Urtheils auf Uebergabe einer Liegenschaft gegen den bücherlichen Singularsuccessor des Geklagten: Anmerkung der Klage; Wirkungslosigkeit der bei der Grundbuchsanlegung erfolgten Anmerkung des klägerischen Eigentumsanspruchs 84. — Behandlung einer vorgemerkten und nach abgelaufener Frist nicht gerechtfertigten Forderung bei der Meistgebotsvertheilung 262. — Anspruch des gegen die beabsichtigte Abschreibung eines Stücks des Hypothekarguts Einspruch erhebenden Hypothekars auf Kostenersatz? 83. — Aufgabe der Gerichte bei Anlegung der Grundbücher behufs Feststellung der mit einem unbeweglichen Gute verbundenen Rechte im Sinne des § 25 des für Niederösterreich wirksamen Ges. vom 2. Juni 1874 (LGB. 88) 423.

Vierter Theil: Civilprocess.

I. Gerichte.

A. Abgrenzung der civilrichterlichen Competenzsphäre.

Zuständigkeit der Gerichte für Klagen wegen im Auftrage einer Behörde erfolgter Störung im Besitze eines Privatrechts 15; für Klagen wegen Besitzstörung an einer zum öffentlichen Gute gehörigen Strasse 425; für Klagen wegen Störung im Besitze eines Fahrwegs in einem Walde 264; für die Besitzstörungsklage der Gemeinde hinsichtlich eines durch die Ortsbewohner ausgeübten Fussteigs 409; für Besitzstörungsklagen gegen ein Bürgermeisteramt 166; für Klagen wegen einer von einem Gemeindevorsteher zum Schutze des Gemeindeguts vorgenommenen Besitzstörung 360; für die Klage wegen Besitzstörung durch die von einem Gemeindevorsteher zum Zwecke der Beschaffung von Trinkwasser für den Pfarrer bewirkte Ableitung einer dem Privatgebrauch dienenden Quelle 248; für die Besitzstörungsklage hinsichtlich eines im Gemeingebrauche stehenden Kirchenplatzes 229; zur Entscheidung über angebliche Besitzstörung in Betreff des Rechts zur Benützung eines Oratoriums 424; für die Klage wegen gestörten Besitzes bei Ausübung des Jagdrechts in den längs der Eisenbahn sich hinziehenden Materialgräben 426. — Unzuständigkeit der Gerichte für Besitzstörungsklagen wegen Vornahme von Vorarbeiten zum Eisenbahnbau auf fremden Grundstücken 95; für Streitigkeiten über den Bestand von Giebigkeiten zur Schule 230; zur Entscheidung von Klagen wegen Verscheuchung des Jagdwilds durch Weideberechtigte 361. — Nichtigkeit des gegen einen Gemeindevorsteher wegen einer strassenpolizeilichen Verfügung eingeleiteten Besitzstörungsprocesses, des in demselben geschlossenen Vergleichs und der auf Grund desselben bewilligten Executionsacte 58. — Verfahren der Gerichte, wenn eine Angelegenheit von dem Reichsgerichte vor den ordentlichen Richter gewiesen wird 265.

B. Internationale Rechtshilfe.

Unvollstreckbarkeit des von einem nach österr. Recht unzuständigen rumänischen Gerichte gefällten Urtheils in Oesterreichs 102. — Zulässigkeit der Vollstreckung des von einem Deutschen Gerichte im Mahnverfahren erlassenen und wegen unterbliebenen Widerspruchs für vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehls 397. —

Zulässigkeit des Rechtsschutzes für Forderungen ausländischer Actiengesellschaften aus Geschäften in Oesterreich 381. — Wirkung der Rechtskraft ausländischer Urtheile 287.

C. Gerichtsstand.

a) **Allgemeines.** Gerichtsstand der Retorsion gegenüber Angehörigen der ungarischen Reichshälfte: Begriff einer Buchauszugs- und Rechnungsforderung 181. — Erheblichkeit örtlicher Gewohnheiten hinsichtlich des Zahlungsorts für den Gerichtsstand 16. — Zuständigkeit der städt.-del. Bezirksgerichte für Klagen wegen eines 500 fl. nicht übersteigenden Rests einer grösseren Schuld 107. —

b) **Personalgerichtsstand.** Personalgerichtsstand für die persönliche Schuldklage aus einem Hypothekardarlehen 182. — Begründung des Forum contractus durch einen Facturenvermerk über den Zahlungsort 362. — Geltung des durch einen Facturenvermerk begründeten Forum contractus trotz der Zurückweisung der Waare 16. — Begründung des Forum contractus durch das Versprechen der Zahlung aus dem an einem bestimmten Orte befindlichen Vermögen 363. — Untauglichkeit des einer Rechnung über geleistete Arbeiten beigefügten Vermerks über den Zahlungsort zur Begründung des Forum contractus 148. — Gerichtsstand für die Klage auf Anerkennung der Erlöschung eines Executionsrechts wegen mittelst Bescheids auferlegter Processkosten durch Compensation mit einer vor diesem Bescheid entstandenen Forderung und auf Zahlung des Rests dieser Forderung 395. — Gerichtsstand für die Bereicherungsklage aus einem verjährten Wechsel: Unerheblichkeit des in dem Wechsel angegebenen Zahlungsorts für denselben 10. — Forum der Verbots-Rechtfertigungsklage aus einem Wechsel 17. — Unzulässigkeit der a limine-Abweisung der beim Gerichte des Domicils des Klägers eingebrachten Klage gegen eine ausländische Firma auf Ungiltigkeit des Schiedsspruchs einer ausländischen Börse, verbunden mit einer Aufforderungsklage 266.

c) **Realgerichtsstand.** Zuständigkeit sowohl der Personal- wie der Realinstanz für Klagen auf Anerkennung der Erlöschung einer Forderung und auf Löschung des für dieselbe bücherlich haftenden Pfandrechts 394. — Unerheblichkeit des Realbesitzes der Gesellschaft für die Gerichtszuständigkeit zur Abhandlung des Nachlasses eines öffentlichen Gesellschafters 313.

d) **Causalgerichtsstand.** Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage gegen ein registriertes Hypothekarcreditinstitut auf Löschung einer durch Cession erworbenen Hypothekarforderung 321. — Handelsgerichtsbarkeit für Klagen gegen einen registrierungspflichtigen, wenn auch nicht registrierten Kaufmann aus Handelsgeschäften im Sinne des Art. 274 Hgb. 364. — Unzuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage aus einem durch den Selbsteintritt des Commissionärs in einen Verkaufsauftrag zustande gekommenen Kaufgeschäfte 9. — Gerichtszuständigkeit zur Amortisierung von Kuxscheinen 11. — Verhältnis des besonderen Gerichtsstands der Klagen in Verlassenschaftsangelegenheiten zur Causal- (Handels-) Gerichtsbarkeit 231.

II. Advocaten.

Anrechenbarkeit der von einem Rechtspraktikanten in activer Militärdienstleistung zugebrachten Zeit in die Advocaturspraxis 183. — Uneinrechenbarkeit der Zeit, während welcher sich ein Advocaturscandidat mit Winkelschreiberei befasste, in die Advocaturspraxis 365. — Legitimation des auch für die Erben bevollmächtigten Advocaten zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung im Namen des bereits verstorbenen Mandanten 323. — Nichtbestellung eines Armenvertreters in Sachen ohne Anwaltszwang 322. 398. — Unzulässigkeit der gerichtlichen Expensenbestimmung gegen den Advocaten über Einschreiten des Clienten 97. 273. — Gerichtliche Bestimmung der Expensen des Substituten gegen den Substituenten 60.

III. Parteien.

A. Legitimation zur Sache.

a) Activlegitimation. Klageführung namens einer liquidierenden Gesellschaft ohne Vollmacht des Liquidators; Mangel der Sach- oder der Processlegitimation? 268. — Legitimation des Hypothekargläubigers zur Bemängelung der Sequestrationsrechnung 325.

b) Passivlegitimation. Passivlegitimation eines von mehreren Mitbesitzern für die Eigentumsklage? 1. — Passivlegitimation des wenn auch irrtümlich erbserklärten Gatten des Erblassers für Schuldklagen gegen eine Verlassenschaft 89. — Passivlegitimation des Gemeindevorstehers als einer Privatperson für die Klage wegen Besitzstörung durch die von ihm zum Zwecke der Beschaffung von Trinkwasser für den Pfarrer bewirkte Ableitung einer dem Privatgebrauch dienenden Quelle 248.

B. Legitimation zur Processführung. Vertretung.

Legitimation des Concursmasseverwalters zur Anfechtungsklage 25. — Legitimation des Concursmasseverwalters zur Anfechtungsklage ohne Ermächtigung des Gläubiger-Ausschusses 110. — Klageführung namens einer liquidierenden Gesellschaft ohne Vollmacht des Liquidators: Mangel der Sach- oder der Processlegitimation? 268. — Legitimation des Hausverwalters zur Klage aus dem Mietvertrage? 137. — Abtretung eines Theils der mit der Rechnungsklage zugleich geltend gemachten Forderung an einen Dritten; Eintritt des Cessionars in den anhängigen Process 269. — Vertretung des Landesfiscus durch die Finanzprocuratur 425. — Legitimation des auch für die Erben bevollmächtigten Advocaten zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung im Namen des bereits verstorbenen Mandanten 323. — Vertretungsbefugnis des infolge strafgerichtlicher Verurtheilnng von der Advocatur entfernten Rechtskundigen in eigener Sache 232. — Haftpflicht des Parteienvertreters für die Gebüren der Sachverständigen 233.

C. Streitgenossenschaft.

Ausdruck der Solidarverpflichtung in der wechselrechtlichen Zahlungsauflage an mehrere Verpflichtete 331.

D. Verhältnis zwischen den Processparteien.

a) Kostenpflicht. α) **Im Allgemeinen.** Umfang der Kostenpflicht der sachfälligen Processpartei: Exrotulierungs- und Quittungskosten 428. — Unerheblichkeit der unterbliebenen aussergerichtlichen Einmahnung für die Kostenpflicht des sachfälligen Beklagten; Kostenpflicht des compensatis expensis submittierenden Beklagten 270. — Theilung der Processkosten bei theilweisem Obsiegen 134. — Persönliche Processkostenpflicht des sachfälligen Hypothekarschuldners 5. — Einfluss eines im Appellationszuge ergangenen Beiurtheils auf die vorausgängige Sicherstellung der Gerichtskosten 20. — Haftpflicht des Parteienvertreters für die Gebüren der Sachverständigen 233. — β) **Besondere Fälle.** Ersatzpflicht des Beweisführers zum ewigen Gedächtnis für die Kosten der Intervention des Gegners 64. — Kostenpflicht des Beweisführers zum ewigen Gedächtnis während des schwebenden Processes 367. — Kostenpflicht des wegen Besitzstörung Geklagten trotz der vor der Klage erfolgten Wiederherstellung des vorigen Stands 366. — Kostenpflicht des unter das Begehren um Bestellung einer Klagscaution submittierenden Klägers selbst im Falle der richterlichen Mässigung der Klagscaution 271. — Ersatzpflicht der das Armenrecht geniessenden Processpartei, welche einen (erheblichen) Kostenvorschuss für ihren Vertreter aufgebracht hat, für die vom Gerichte vorgeschossenen Zeugen- und Expertengebüren 149. — Behandlung der Kosten der Sequestration des Streitgegenstands 104.

b) **Klagscaution.** Cautionspflicht bei der Oppositionsklage 18. — Kostenpflicht des unter das Begehren um Bestellung einer Klagscaution submittierenden Klägers selbst im Falle der richterlichen Mässigung der Klagscaution 271. — Haftung der Klagscaution für die Kosten des über dieselbe abgeführten Incidenzstritts und der Erfolglassung 272. — Unstatthaftigkeit der Erneuerung des bereits durch Ablegung des Armutseids seitens des Klägers erledigten Cautionsbegehrens unter Herabsetzung der Cautionssumme 185.

E. Armenrecht.

Anspruch des einer verklagten Verlassenschaft bestellten Curators ad actum auf die Stempel- und Gebürenfreiheit 184. — Kann einer Concursmasse das Armenrecht in Activprocessen gewährt werden? 109. — Ersatzpflicht der das Armenrecht geniessenden Processpartei, welche einen (erheblichen) Kostenvorschuss für ihren Vertreter aufgebracht hat, für die vom Gerichte vorgeschossenen Zeugen- und Expertengebüren 149. — Nichtbestellung eines Armenvertreters in Sachen ohne Anwaltszwang 322. 398.

IV. Verfahren.

A. Allgemeines.

a) **Gerichtssprache.** Gerichtssprache in Schlesien 180.
b) **Verhandlungsmaxime.** Entscheidung nach dem Inhalt der Acten 186. — Haben die Gerichte im Executionswege eingeantwortete Bezüge des Executen über ein einfaches Gesuch des Executionsführers zu ermitteln? 236. — Zulässigkeit neuen Vorbringens in der Replik ohne eidliche Beteuerung der nicht geflissentlichen Verschweigung 399.
c) **Termine und Fristen.** Erstreckung der Eidestagfahrt über Ausbleiben des nicht persönlich vorgeladenen Schwurpflichtigen 151. — Appellationsfrist in Handelssachen im Gebiete der wGO. 282.
d) **Zustellung.** Unzulässigkeit der Anschlagung eines Urtheils an die Gerichtstafel statt der Zustellung 61.

B. Klage.

Begriff der Klagenhäufung: Zulässigkeit einer Klage wider mehrere Personen wegen Anmaassung derselben Servitut 267. — Gegenstand des Begehrens der Bemängelungsklage 402. — Inhalt der Schlussbitte der Bemängelungsklage 324. — Ergänzung der in der Klage enthaltenen Geschichtserzählung durch die Klagsbeilagen 274. — Wirkung der Streiteinlassung bei gleichzeitiger Erhebung der exceptio fori: Entscheidung in der Hauptsache nach vorgängiger Zurückweisung der exceptio 96. — Unzulässigkeit der a limine-Abweisung der beim Gerichte des Domicils des Klägers eingebrachten Klage gegen eine ausländische Firma auf Ungiltigkeit des Schiedsspruchs einer ausländischen Firma verbunden mit einer Aufforderungsklage 266.

C. Beweis.

a) **Allgemeines.** *α*) **Beweisverbindlichkeit.** Beweispflicht im Rechnungsprocesse 324. — Beweispflicht des Verwahrers für den Mangel seines Verschuldens an der Beschädigung der verwahrten Sache 46. — Vertheilung der Beweislast bei einem qualificierten Widerspruch (Geständnis) 221. — Beweisvertheilung bei der Einklagung einer Conventionalstrafe 68. — *β*) **Beweisverfahren.** Delegierung des um die Beweisaufnahme angegangenen Gerichts zur Bestellung der Sachverständigen 99. — Zurückweisung der verspäteten Eidesantretung auf die gleichzeitige Rüge des Gegners hin 150. — Erstreckung der Eidestagfahrt über Ausbleiben des nicht persönlich vorgeladenen Schwur-

pflichtigen 151. — Berücksichtigung des in der Replik aufgetragenen Haupteides trotz der Verweigerung der deshalb angesuchten Legungsbewilligung 275. — Zulässigkeit einer die Hauptsache nicht berührenden Beweisführung bezüglich der eine Competenzfrage betreffenden Thatsachen 362. — Unzulässigkeit eines den Klagegrund berührenden Beweises über den Competenzgrund 59. 427. — Beweisführung über die Mängel einer nicht mehr vorhandenen Ware durch Zeugen und Eideszuschiebung? 82. — Kostenpflicht des Beweisführers zum ewigen Gedächtnis während des schwebenden Processes 367.

b) Beweismittel. *α*) **Geständnis.** Untheilbarkeit des Geständnisses 274. — Vertheilung der Beweislast bei einem qualificierten Widerspruch (Geständnis) 221. — *β*) **Zeugen und Sachverständige.** Beweisführung über die Mängel einer nicht mehr vorhandenen Ware durch Zeugen? 82. — Delegierung des um die Beweisaufnahme angegangenen Gerichts zur Bestellung der Sachverständigen 99. — Haftpflicht des Parteienvertreters für die Gebüren der Sachverständigen 233. — *γ*) **Eid.** Eidesdelation an den Fiscus 276. — Beweis über eine Grenzvereinbarung durch den irreferiblen Haupteid 62. — Beweisführung über die Mängel einer nicht mehr vorhandenen Ware durch Eideszuschiebung? 82. — Zulässigkeit des Haupteides ungeachtet einer entgegenstehenden Zeugenaussage 234. — Beweis durch den Haupteid über die erfolgte Zuzählung eines notariell zugesicherten Heiratsguts 347. — Unzulässigkeit der Eidesauftragung über ein Ereignis, das sich zur Zeit der Unmündigkeit des Deferenten zugetragen hat 101. — Unzulässigkeit der Eideszuschiebung über den Inhalt und Bestand eines Pensionsstatuts 100. — Zulassung des Deferenten zur Leistung eines ursprünglich wegen Mangels der Kenntnis aus eigener Wahrnehmung unrückschiebbar, dann aber rückschiebbar aufgetragenen und ihm sohin vom Delaten zurückgeschobenen Haupteides 187. — Zulässigkeit der bedingten Auftragung eines Haupteides: Unzulässigkeit desselben in dem Falle, als für das Widerspiel des Eidessatzes die halbe Probe hergestellt ist 368. — Anfechtung eines Wechselaccepts im Concurse durch die Einrede der nicht zugezählten Valuta; Zulässigkeit der Zuschiebung des irreferiblen Haupteides über die Nichtzuzählung der Valuta 224. — Nachweis des Schadens wegen Nichterfüllung eines Handelskaufs durch den Schätzungseid 353. — Erstreckung der Eidestagfahrt über Ausbleiben des nicht persönlich vorgeladenen Schwurpflichtigen 151. — Ableben des Cridars während des Processes als Grund für die Unrückschiebbarkeit des ursprünglich auf jenen rückschiebbar aufgetragenen Haupteides? 59. — Tod des Schwurpflichtigen: Voraussetzung für die Erklärung des Eides für abgeschworen 63. — Zurückweisung der verspäteten Eidesantretung auf die gleichzeitige Rüge des Gegners hin 150. — *δ*) **Urkunden.** Beweis der Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einer Liegenschaft, dann der Lage und der Grenzen desselben durch die Catastralmappe 62. 208. — Mangel der Beweiskraft der nicht vor einem Jahre vor der Concurseröffnung notariell ausgestellten Bestätigung über den früheren Empfang des Heiratsguts der Concursmasse gegenüber 346. — Beweiswert der in die Geburtsmatrik eingetragenen Vaterschaftsanerkennung zu einem ausserehelichen Kinde gegen Dritte 88. — Unzulässigkeit anderen Beweises als durch Notariatsact über die erfolgte Zuzählung des Heiratsguts 346. — Entbehrlichkeit eines urkundlichen Beweises über die Nichterfüllung der durch die Conventionalstrafe bestärkten Verbindlichkeit für die Einleitung des Executivverfahrens 68. — Legung einer bei der Recognoscierungstagsatzung nicht vorgewiesenen und deshalb aus dem Processtoffe ausgeschiedenen Urkunde zu einer späteren Processschrift 98.

D. Richterliche Entscheidung.

a) Inhalt. Unzulässigkeit der in der Präjudicialklage begehrten Executionsandrohung für den Fall der Verletzung der durch vertragsmässige Sanction nicht geschützten, vom Veräusserer dem Erwerber einer Liegenschaft überbundenen Theilungsbeschränkung 249. — Art der Sanction der durch Urtheil auferlegten Verpflichtung zur Bereinigung eines Grundstücks: Einräumung des Anspruchs auf Sicherstellung 19.

b) Wirkung der Rechtskraft. Wirkung der Rechtskraft ausländischer Urtheile 287. — Unpräjudicierlichkeit einer in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Ansicht darüber, ob eine Urkunde als Erbvertrag oder wechselseitiges Testament aufzufassen sei 54. — Unzulässigkeit der nachträglichen Umänderung der freiwilligen Ehescheidung in eine aus Verschulden des einen Theils entstandene 302.

E. Rechtsmittel.

Unzulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Entscheidungsgründe 321. — Zulässigkeit des Revisionsrecurses im Stadium der Executionsführung in einer Bagatellsache 193. — Apellationsfrist in Handelssachen im Gebiete der wGO. 282. — Einfluss eines im Appellationszuge ergangenen Beiurtheils auf die vorausgängige Sicherstellung der Gerichtskosten 20.

V. Zwangsvollstreckung.

A. Voraussetzungen und Grundlage.

Executionsfähigkeit des von dem Gemeindevorsteher nach § 39 der Dienstbotenordnung für Böhmen gefällten Erkenntnisses in Dienstbotenstreitigkeiten 227. — Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung auf Grund eines gefällsbehördlichen Straferkenntnisses 400. — Begründung eines Executionstitels durch einen vor einem Schiedsgericht geschlossenen Vergleich 396. — Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Urtheils auf Uebergabe einer Liegenschaft gegen den bücherlichen Singularsuccessor des Geklagten: Anmerkung der Klage 84. — Zwangsvollstreckung aus einem Urtheil, welches eine Leistung gegen eine Gegenleistung aufträgt 235. — Zulässigkeit der Vollstreckung des von einem Deutschen Gerichte im Mahnverfahren erlassenen und wegen unterbliebenen Widerspruchs für vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehls 397. — Unvollstreckbarkeit des von einem nach österr. Recht unzuständigen rumänischen Gerichte gefällten Urtheils in Oesterreich 102. — Zwangsvollstreckung in einen überschuldeten Nachlass nach angeordneter Gläubigerconvocation (§ 813 bGb.) 7. — Unaufhaltbarkeit der gerichtlichen Execution zur Einbringung der Vermögensübertragungsgebür durch die Beschwerde gegen deren Bemessung 278.

B. Zwangsvollstreckung in Liegenschaften.

a) Executionsfreie Güter. Zwangsvollstreckung in ein für Schulzwecke gewidmetes, früher verpfändetes Grundstück? 165.

b) Feilbietungsbedingnisse. Unstatthaftigkeit einer Feilbietungsbedingung, wodurch der Uebergang des Besitzes und der Steuerpflicht hinsichtlich des versteigerten Guts auf den Ersteher an eine erst nach dem Zuschlage zu erfolgende Uebergabe geknüpft wird 238. — Festsetzung der Feilbietungsbedingnisse bei der Entscheidung über die Klage auf Aufhebung der Gemeinschaft an einer Liegenschaft 168. — Voraussetzung für die Zulässigkeit der Versteigerung unter dem Schätzwert 168. — Behandlung eines Ausgedings bei der Zwangsversteigerung einer Liegenschaft 371. — Relicitation unter geänderten Feilbietungsbedingnissen 371.

c) Ueberbot. Voraussetzung für die Annahme eines Ueberbots 22. — Zurückweisung des Ueberbots bei Hinterlegung einer geringeren als der vorgeschriebenen Caution; Unzulässigkeit einer nachträglichen Ergänzung des Erlags 330.

d) Unwirksamerklärung. Voraussetzung für die Unwirksamerklärung einer Zwangsversteigerung nach § 18 des Ges. v. 10. Juni 1887 (RGB. 74): Begriff des „wirtschaftlichen Verderbens“ 103. 329. — Unwirksamerklärung der Zwangsversteigerung eines aus mehreren Grundbuchskörpern bestehenden Guts 152.

e) Stellung des Erstehers. Stellung des Erstehers einer zwangsweise versteigerten Liegenschaft dem dinglich Berechtigten gegenüber 371.

f) Meistgebotsvertheilung. Behandlung einer vorgemerkten und nach abgelaufener Frist nicht gerechtfertigten Forderung bei der Meistgebotsvertheilung 262. — Eintritt des leer ausgehenden Vorhypothekars in die Stelle des befriedigten Nachhypothekars an einer Simultanhypothek; Tragweite des § 37 CO. 210. — Zur Anwendung des § 37 CO. ausser dem Concurse 392.

C. Zwangsvollstreckung in Fahrnisse.

a) Executionsfreie Sachen. Unpfändbarkeit des Apparats und der Requisiten eines Sodawasser-Erzeugers? 237. — Executionsfreiheit des Claviers eines Operettensängers 370. — Executionsfreiheit des zum Fleischtransporte verwendeten Pferds und Wagens eines Fleischhauers? 279. — Unstatthaftigkeit des Zugriffs auf die zweite Drehbank eines Drechslers, der das Gewerbe noch nicht angemeldet hat, für die Forderung aus dem Verkaufe derselben 401. — Zulässigkeit der Pfändung des unentbehrlichen kostbaren Hausgeräts des Schuldners gegen Beistellung von minder kostbarem 188.

b) Art der Vollstreckung. Notwendigkeit der näheren Bezeichnung des nicht in Handen des Executen befindlichen Pfandobjects 328. — Bewilligung der Pfändung auf Waren, deren Aufbewahrungsort erst beim Vollzug angegeben werden soll 281.

D. Zwangsvollstreckung in Rechte.

Unstatthaftigkeit des Zugriffs auf das Wohnungsrecht 293. — Unwirksamkeit der nach der Cession eines Vermächtnisanspruchs von einem Dritten erwirkten zwangsweisen Einantwortung desselben 413. — Voraussetzung der Execution in eine für einen Dritten vinculierte Caution 328.

E. Zwangsvollstreckung in Bezüge.

Beschlagnahme des Dienstlohns des Privatbediensteten eines Postmeisters wegen schuldiger Alimente 326. — Privat- oder öffentlicher Dienst der bei einer Staatsbehörde verwendeten Tagschreiber? Zulässigkeit des Zugriffs auf deren Diurnum wegen einer Militärtaxe 66. — Unzulässigkeit des Zugriffs auf Bezüge eines Bergarbeiters aus einer Bruderlade 21. — Fortbestand der vor dem Ges. v. 26. Mai 1888 erfolgten Beschlagnahme (Einantwortung) einer durch dieses Gesetz dem Zugriffe entzogenen Pension auch unter der Wirksamkeit dieses Gesetzes 34. 164. 379. — Haben die Gerichte im Executionswege eingeantwortete Bezüge des Executen über einfaches Gesuch des Executionsführers zu ermitteln? 236.

F. Zwang zur eidlichen Vermögensoffenbarung.

Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung auf Grund eines gefällsbehördlichen Straferkenntnisses 400. — Auftrag zur eidlichen Vermögensoffenbarung an den im Auslande (Ungarn) in Concurs geratenen Schuldner 280. — Anspruch des Gläubigers, welcher das Verbot auf eine angebliche Forderung eines Schuldners erwirkt hat, gegen den Drittschuldner auf eidliche Offenbarung des Guthabens seines Schuldners? 369. — Zulässigkeit der Haft zur Erzwingung der eidlichen Vermögensoffenbarung wider Staatsbeamte 180. — Voraussetzung der Haftverhängung gegen den die eidliche Vermögensoffenbarung verweigernden Schuldner: Vorschuss auf die Alimentationskosten seitens des Executionsführers; Unerheblichkeit der Armut des letzteren 23.

G. Oppositionsklage.

Oppositionsklage wegen theilweiser Erlöschung der Urtheilsschuld 36. — Cautionspflicht bei der Oppositionsklage 18. — Gerichtsstand für die Klage auf Aner-

kennung der Erlöschung eines Executionsrechts wegen mittelst Bescheids auferlegter Processkosten durch Compensation mit einer vor diesem Bescheide entstandenen Forderung 395.

VI. Sicherstellungsmittel.

a) Execution zur **Sicherstellung**. Execution zur Sicherstellung vor Zustellung des Contumazurtheils 281. — Anspruch auf pfandrechtliche Sicherstellung urtheilsmässig zugesprochener künftiger Alimente? 261. — Umfang der sicherstellungsweisen Mobiliarpfändung: Zulässigkeit der engen Sperre und Transferierung 106.

b) **Arrest**. Voraussetzung für die Bewilligung des provisorischen Personalarrests: Fluchtverdacht wegen beabsichtigter Uebersiedlung in ein anderes Kronland? 67.

c) **Verbot**. Verbot auf eine Sparcasseneinlage 105. — Unzulässigkeit des Verbots für urtheilsmässig zugesprochene künftige Alimente 327. — Voraussetzung für das Verbot auf einen rechtskräftig zugewiesenen, in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Meistgebotsantheil zu Gunsten des Vorrechtsklägers 190. — Forum der Verbots-Rechtfertigungsklage aus einem Wechsel 17.

d) **Sequestration**. Voraussetzung für die sicherstellungsweise Sequestration (den Realarrest) im Sinne des § 389 wGO. 153. — Sequestration der Erträgnisse eines Pachtguts ohne bücherliche Anmerkung 65. — Zulässigkeit der Sequestration des durch Vorrechtsklage bestrittenen, in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Meistgebotsantheils 191. — Sequestration eines zu einer Concursmasse gehörigen Guts: Bestellung des Masseverwalters zum Sequester 69. — Behandlung der Kosten der Sequestration des Streitgegenstands 104. — Anspruch des Sequesters eines Hauses gegen den Eigentümer auf Räumung der Wohnung? 6. — Legitimation des Hypothekargläubigers zur Bemängelung der Sequestrationsrechnung 325.

VII. Besondere Verfahrensarten.

A. Rechnungsprocess.

Gegenstand des Begehrens der Bemängelungsklage 324. 402. — Beweispflicht im Rechnungsprocesse 324. — Legitimation des Hypothekargläubigers zur Bemänglung der Sequestrationsrechnung 325.

B. Handelsgerichtliches Verfahren.

Handelsgerichtsbarkeit für Klagen gegen einen registrierungspflichtigen, wenn auch nicht registrierten Kaufmann aus Handelsgeschäften im Sinne des Art. 274 Hgb. 364. — Zuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage gegen ein registriertes Hypothekarcreditinstitut auf Löschung einer durch Cession erworbenen Hypothekarforderung 321. — Unerheblichkeit der nach dem Bedeckungsanbringen (ConcO. § 63) erfolgten Löschung der Firma des Schuldners für die handelsgerichtliche Competenz zur Concurseröffnung 155. — Unzuständigkeit des Handelsgerichts für die Klage aus einem durch den Selbsteintritt des Commissionärs in einen Verkaufsauftrag zustande gekommenen Kaufgeschäfte 9. — Appellationsfrist in Handelssachen im Gebiete der wGO. 282.

C. Executivprocess.

Entbehrlichkeit eines urkundlichen Beweises über die Nichterfüllung der durch die Conventionalstrafe bestärkten Verbindlichkeit für die Einleitung des Executivverfahrens 68.

D. Summarische Processe.

a) Allgemeines. Zulässigkeit des Summarverfahrens und Zuständigkeit der städt.-deleg. Bezirksgerichte für Klagen wegen eines 500 fl. nicht übersteigenden Rests einer grösseren Schuld 107. — Nichtigkeit des über eine Anfechtungsklage, in welcher der Kläger sich mit einer Abfindung von nicht mehr als fl. 50 zu begnügen erklärt, eingeleiteten Summarverfahrens 154. — Bedingter Anwaltszwang im Summarprocess: Unzulässigkeit der Annahme einer nicht von der Partei selbst verfassten, von einem Notar gefertigten Eingabe selbst aus einem Orte, wo sich kein Advocat befindet 372. — Behandlung des in einem Summarprocess nach erhobener Incompetenzeinwendung vom Kläger eingebrachten schriftlichen Gesuchs um Einstellung des Verfahrens 192.

b) Mandatsprocess. *α*) **Wechselprocess.** Einleitung des Wechselprocesses über die Klage aus einem Wechsel, dessen Zahlungszeit auf „bis“ einen bestimmten Monatstag angegeben ist 390. — Unzulässigkeit der Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens auf Grund eines in vidimierter Abschrift beigebrachten Wechsels 283. — Ausdruck der Solidarverpflichtung in der wechselrechtlichen Zahlungsauflage an mehrere Verpflichtete 331. — *β*) **Mahnverfahren.** Vollstreckung des von einem Deutschen Gerichte im Mahnverfahren erlassenen und wegen unterbliebenen Widerspruchs für vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehls 397.

c) Besitzstörungsprocess. Zuständigkeit der Gerichte für Klagen wegen im Auftrage einer Behörde erfolgter Störung im Besitze eines Privatrechts 15; für Klagen wegen Besitzstörung an einer zum öffentlichen Gute gehörigen Strasse 425; für Klagen wegen Störung im Besitze eines Fahrwegs in einem Walde 264; für die Besitzstörungsklage der Gemeinde hinsichtlich eines durch die Ortsbewohner ausgeübten Fussteigs 409; für Besitzstörungsklagen gegen ein Bürgermeisteramt 166; für Klagen wegen einer von einem Gemeindevorsteher zum Schutze des Gemeindeguts vorgenommenen Besitzstörung 360; für die Besitzstörungsklage hinsichtlich eines im Gemeingebrauche stehenden Kirchenplatzes 229; zur Entscheidung über angebliche Besitzstörung in Betreff des Rechts zur Benützung eines Oratoriums 424; für die Klage wegen gestörten Besitzes bei Ausübung des Jagdrechts in den längs der Eisenbahn sich hinziehenden Materialgräben 426. — Passivlegitimation des Gemeindevorstehers als einer Privatperson für die Klage wegen Besitzstörung durch die von ihm zum Zwecke der Beschaffung von Trinkwassser für den Pfarrer bewirkte Ableitung einer dem Privatgebrauch dienenden Quelle; Zuständigkeit der Gerichte für eine solche Klage 248. — Unzuständigkeit der Gerichte für Besitzstörungsklagen wegen Vornahme von Vorarbeiten zum Eisenbahnbau auf fremden Grundstücken 95. — Nichtigkeit des gegen einen Gemeindevorsteher wegen einer strassenpolizeilichen Verfügung eingeleiteten Besitzstörungsprocesses 58. — Kostenpflicht des wegen Besitzstörung Geklagten trotz der vor der Klage erfolgten Wiederherstellung des vorigen Standes 366.

d) Bagatellprocess. Unanwendbarkeit des Bagatellverfahrens auf Klagen wegen einer durch Compensation auf 50 fl. verminderten Restschuld 332. — Nichtigkeit des über eine Anfechtungsklage, in welcher der Kläger sich mit einer Abfindung von nicht mehr als fl. 50 zu begnügen erklärt, eingeleiteten Summarverfahrens 154. — Sachlicher Geltungsbereich des Bagatellverfahrens: Zulässigkeit des Revisionsrecurses im Stadium der Executionsführung 193.

E. Eheprocess.

Unerheblichkeit des Mangels einer Erörterung über die Kinder und das Verschulden im Verfahren wegen Ehetrennung 403. — Unzulässigkeit der nachträglichen Umänderung der freiwilligen Ehescheidung in eine aus Verschulden eines Ehetheils entstandene 302. — Unerheblichkeit des Ablebens des auf Scheidung klagenden Ehegatten für die Entscheidung des bereits abgeschlossenen Processes 108. — Nichtbestellung eines Armenvertreters in Sachen ohne Anwaltszwang (Ehestreitigkeiten) 322.

F. Syndicatsprocess.

Erfordernisse der Syndicatsklage; ihre subsidiäre Natur; Bedingtheit des Anspruchs auf Schadenersatz gegen den Staat durch ein Disciplinarerkenntnis gegen die schuldtragenden richterlichen Beamten? 301.

VIII. Schiedsgericht.

Wirkung des vor einem Schiedsgerichte geschlossenen Vergleichs: Begründung (eines Executionstitels und) der exceptio rei judicatae 396. — Unzulässigkeit der a limine-Abweisung der beim Gerichte des Domicils des Klägers eingebrachten Klage gegen eine ausländische Firma auf Ungiltigkeit des Schiedsspruchs einer ausländischen Börse verbunden mit einer Aufforderungsklage 266.

IX. Concurs.

Umfang der Sicherstellung und Rangsclasse einer Alimentationsschuld im Falle des Concurses nach §§ 15 und 82 CO. 24. — Mangel der Beweiskraft der nicht vor einem Jahre vor der Concurseröffnung notariell ausgestellten Bestätigung über den früheren Empfang des Heiratsguts der Concursmasse gegenüber 346. — Begriff des Lied- oder Arbeitslohns im Sinne des § 43/2 CO.: Rangordnung der Gehaltsforderung des Geschäftsführers eines Hôtels im Concurse 373. — Auftrag an den Concursmasseverwalter und den Cridar zur Löschung der Firma des aufgelassenen Geschäfts 320. — Sequestration eines zu einer Concursmasse gehörigen Guts: Bestellung des Masseverwalters zum Sequester 69. — Anfechtung eines Wechselaccepts im Concurse durch die Einrede der nicht zugezählten Valuta 224. — Kann einer Concursmasse das Armenrecht in Activprocessen gewährt werden? 109.

X. Anfechtung.

(Siehe auch Erster Theil III A e.)

Legitimation des Concursmasseverwalters zur Anfechtungsklage 25. 110. — Nichtigkeit des über eine Anfechtungsklage, in welcher der Kläger sich mit einer Abfindung von nicht mehr als 50 fl. zu begnügen erklärt, eingeleiteten Summarverfahrens 154. — Anfechtung einer Schuldanerkennung des Gemeinschuldners gegen einen Verwandten mittelst Einrede gegen die Klage; Beweis der Unkenntnis der Benachtheiligungsabsicht 344. — Inhalt des Petits der Anfechtungsklage ausser dem Concurse S. 210. — Feststellung der Benachtheiligungsabsicht des Schuldners S. 327. — Beweis der Zahlungseinstellung durch die Insolvenzerklärung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber 171.

Fünfter Theil: Strafrecht.

I. Allgemeine Grundsätze.

a) **Vorsatz (Dolus).** Unterschied des Dolus vom Motiv 122.

b) **Mitschuld und Theilnahme.** Zur Abgrenzung der Mitschuld von der Vorschubleistung 199. — Begriff der Theilnahme an dem Anklagedelicte 74. — Verantwortlichkeit der Mitthäter an einer schweren Körperverletzung 286. — Zurechenbarkeit der Mitschuld oder Theilnahme des zweimal vorbestraften Diebs an einem sich nur als eine Uebertretung darstellenden Diebstahle von mehr als 5 fl. als Verbrechen nach § 176 IIa 118. — Voraussetzung für die Zurechnung der criminellen Diebstahlstheilnehmung im Falle des § 186 b 165. — Strafe der versuchten Verleitung zur Theilnehmung an der Verfälschung öffentlicher Creditspapiere 284.

c) **That und Erfolg.** *α*) **Versuch.** Vorbereitung oder Versuch? 160. — Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen durch einen dem Adressaten nicht zugestellten Brief 73. — Versuch des Betrugs; absolut oder relativ untaugliches Mittel? 338. — Strafe der versuchten Verleitung zur Theilnehmung an der Verfälschung öffentlicher Creditspapiere 284. — Begriff der Freiwilligkeit des Rücktritts 111. — *β*) **Concurenz von Delicten.** Concurrenz der im § 155 erwähnten leichten Verletzung mit der Uebertretung des § 411 StG. 159.

B. Strafe.

a) **Strafzumessung.** Anwendbarkeit des Grundsatzes des § 173 über das Zusammenrechnen von Beträgen auch in dem Falle, wo eine Aenderung des Strafsatzes vom Betrage abhängig ist 244. — Berechnung des einem Gastwirte durch betrügerisches Entlocken von 20 fl. und Quartier zugefügten Schadens: Entgang des geschäftlichen Gewinns (§§ 197 und 200) 162.
b) **Straffolgen.** Voraussetzung für die Verhängung der Abschaffung 206.
c) **Strafausschliessung.** α) **Notwehr.** Voraussetzung für die Zurechnung schuldhaften Notwehrexcesses 204. — β) **Verjährung.** Verjährung einer Uebertretung der Waffenvorschriften, wenn solche mit einer anderen, den Gerichten zur Entscheidung zugewiesenen strafbaren Handlung im Zusammenhange steht 375.

II. Einzelne Delicte.

A. Delicte gegen die Person.

a) **Tödtung.** Begriff des bestellten Mords und der unmittelbaren Mitwirkung zum Morde 33. — Zum Begriffe der thätigen Mitwirkung unmittelbar bei Vollziehung des Mordes 205.
b) **Körperverletzung.** Verantwortlichkeit der Mitthäter an einer schweren Körperverletzung 286. — Concurrenz der im § 155 erwähnten leichten Verletzung mit der Uebertretung des § 411 StG. 159. — Unerheblichkeit der nach der Genesung des Verletzten durch dessen schuldbares Verhalten oder zufällig erneuerten Gesundheitsstörung für die Straffälligkeit des Verletzers 158.
c) **Entführung.** Unerheblichkeit der nachträglichen Zustimmung der Verletzten für die Zurechenbarkeit der Entführung 161.
d) **Ehrenbeleidigung.** Zum § 496 StG.: a) Begriff von „Classen und Ständen" der bürgerlichen Gesellschaft; b) im Mindestmaass der Strafdauer stimmen beide Strafsätze der Gesetzstelle überein; nur durch Grad und Höchstmaass des Arrests unterscheidet sich der höhere Strafsatz vom geringeren 246. — Zur Abgrenzung wörtlicher und thätlicher Beleidigungen (§ 312) 242. — Begriff der Amtsehrenbeleidigung 75. — Nachweis hinreichender Gründe für das Fürwahrhalten der vorgebrachten Beschuldigung als Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Strafverfahrens gegen einen nach § 487 (488) ergangenen Schuldspruch 240.

B. Delicte gegen das Vermögen.

a) **Diebstahl.** α) **Begriff.** Diebstahl oder Betrug? 335. — β) **Qualificierter Diebstahl.** Begriff der Verunehrung einer zum Gottesdienste gewidmeten Sache (§ 175 I a) 160. — Begriff des Diebstahls an Früchten auf dem Felde 117. — Anwendbarkeit des Grundsatzes des § 173 über das Zusammenrechnen von Beträgen auch in dem Falle, wo eine Aenderung des Strafsatzes vom Betrage abhängig ist 244. — Zurechenbarkeit der Mitschuld oder Theilnahme des zweimal vorbestraften Diebs an einem sich nur als eine Uebertretung darstellenden Diebstahle von mehr als 5 fl. als Verbrechen nach § 176 II a 118. — γ) **Diebstahlstheilnehmung.** Voraussetzung für die Zurechnung der criminellen Diebstahlstheilnehmung im Falle des § 186 b 165.
b) **Veruntreuung.** Veruntreuung anvertrauter Gelder durch Ausleihen derselben 195. — Veruntreuung einer in barem Gelde bestellten Caution 336.
c) **Betrug.** α) **Absonderung von anderen Delicten.** Betrug oder Gefällsübertretung? 337. — Betrug oder Diebstahl? 335. — Betrug oder Falschmeldung durch falsches Zeugnis im Strafverfahren vor einer Verwaltungsbehörde? 376. — β) **Gemeiner Betrug.** Betrug durch Nichterfüllung einer vertragsmässigen Zusage? 121. — Versuch des Betrugs; absolut oder relativ taugliches Mittel? 338. — Berechnung des einem Gastwirte durch betrügerisches Entlocken von Kost und Quartier zugefügten Schadens; Entgang des geschäftsüblichen Gewinns 162. — γ) **Qualificierter Betrug.** a_1) **Falsches Zeugnis.** Erheblichkeit des Inhalts der Aussage als Voraussetzung des Verbrechens der falschen Zeugenaussage? 163. — Falsches Zeugnis durch Verschweigung von Thatsachen; Begriff der Verschweigung; Unentschuldbarkeit des falschen Zeugnisses durch die aus der Betheiligung an einer strafgesetzwidrigen Handlung hervorgegangene Zwangslage 115. — Voraussetzungen zur strafrechtlichen Beurthei-

lung des mit dem Beisatze des Wissens und Erinnerns abgelegten Haupteides 127. — Meineid durch Ablegung eines falschen Schätzungseides 126. — Falsches gerichtliches Zeugnis im Verfahren gegen Winkelschreiberei 200. — Rechtliche Qualification des im Strafverfahren vor einer Verwaltungsbehörde falsch abgelegten Zeugnisses: Betrug oder Falschmeldung? 376. → b_1) **Falsches Maass und Gewicht.** Begriff des „öffentlichen Gewerbes (§ 199 c): Markthandel 120. — c_1) **Betrügerische Crida.** Unerheblichkeit der Unklagbarkeit der Schulden für die Zurechnung des Betrugs nach § 199 f StG. 194.

d) **Delicte gegen das geistige Eigentum.** Urheberrechtlicher Schutz der Photographien; bei Werken, welche der Träger des Urheberrechts sofort selbst vervielfältigt, wird der im § 10 des kais. Pat. vom 19. Oct. 1846 (JGS. 992) erwähnte Vorbehalt nicht erfordert; die Voraussetzung des Erscheinens unter Beobachtung der gesetzlichen Bedingungen und Förmlichkeiten (§ 3 Al. 1) besteht auch für Kunstwerke (§ 3 Al. 2) 334.

e) **Wucher.** Siehe unten III A.

f) **Vereitlung einer Zwangsvollstreckung.** Siehe unten III B.

C. Delicte gegen allgemeine Rechtsgüter.

a) **Gemeingefährliche Handlungen.** Zum § 335 StG.: Begriff der im § 74, Al. 2 der GewO. beanspruchten Umsicht der Arbeitsverrichtung 112. — Der Strafbestimmung des § 337 unterliegt das im § 335 bezeichnete Verschulden auch dann, wenn es sich auf die bergwerksmässige Gewinnung von Erdharzen [Ges. v. 11. Mai 1884 (RGB. 71)] bezieht 26. — Begriff der Vernachlässigung der im § 373 zur Pflicht gemachten Sorgfalt in der Verwahrung eines Gewehrs 32. — Aufsichtspflicht (§ 376 StG.) des Kindes gegenüber seinen Eltern; Begriff der Causalität im Sinne des § 335 StG. 125.

b) **Falsches Zeugnis.** Siehe oben II B c γ a_1.

c) **Creditspapierverfälschung.** Begriff des „Ausgebens" falscher Creditpapiere; Strafe der versuchten Verleitung zur Theilnehmung an der Verfälschung öffentlicher Creditspapiere 284.

d) **Vorschubleistung.** Das im § 216 StG. vorausgesetzte Schwägerschaftsverhältnis kann durch eine ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften geschlossene Judenehe nicht begründet werden 243. — Zur Abgrenzung der Vorschubleistung von der Mitschuld 199.

D. Delicte gegen den Staat und dessen Organe.

a) **Majestätsbeleidigung.** Majestätsbeleidigung durch die Form des Vorbringens einer an sich unsträflichen Aeusserung 122.

b) **Delicte gegen Amtsorgane.** Militärwachen und Posten jeder Art sind als im Dienste stehend zu betrachten; in den Dienstbereich gehören insbesondere auch Vorkehrungen gegen die Verunreinigung der am Schranken lehnenden Gewehre (§ 68 StG.) 124. — Obrigkeitlicher Charakter des mit der Feldpolizei betrauten, wenn auch nicht für den Feldschutz beeideten Gemeindedieners 196. — Gehört ein gerichtlich bestellter Sequester (Zwangsverwalter) zu den „obrigkeitlichen Personen" im Sinne des § 68 StG.? 404. — Zum § 81 StG.: In den Amtsbereich des zum Vollzuge einer Mobilarfeilbietung behördlich entsendeten Commissärs fällt auch das Ausfolgen der Sachen an den Ersteher und dessen Sicherung im Wegbringen derselben aus dem Feilbietungslocale 374. — Umfang der Dienstsobliegenheiten der Finanzwachorgane bei Constatierung einer verbotswidrigen Erzeugung von Tabak 70. — Begriff des gewaltthätigen Widerstands gegen die Obrigkeit 113. — Gewaltsamer Widerstand wider den Vollzug eines gegen Besitzrechte verstossenden obrigkeitlichen Auftrags 197. — Begriff der Amtsehrenbeleidigung 75. — Zur Abgrenzung wörtlicher und thätlicher Beleidigung (§ 312) 242.

c) **Delicte der Amtsorgane.** Die Mitglieder der nach dem Ges. für Mähren v. 10. Febr. 1884 (LGB. 28) gewählten Delegiertenversammlung sind bei Ausübung des Rechts, Districtsärzte zu ernennen oder vorzuschlagen, als Beamte im Sinne des § 101 StG. anzusehen 377.

d) Verleitung zum Amtsmissbrauch. Kann ein Bediensteter der Staatseisenbahnverwaltung passives Subject der Verleitung zum Amtsmissbrauch sein? Begriff von Regierungsgeschäften 239. — Die im § 105 StG. gebrauchten Worte „bei wirklich verursachtem erheblichen Schaden" bezeichnen einen namentlich im Gesetze angeführten Erschwerungsumstand nur in Ansehung der Verursachung des Schadens und nicht auch rücksichtlich der Erheblichkeit desselben 199.

III. Besondere Strafgesetze.

A. Wucherstrafgesetz (Gesetz zum Schutze gegen unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften).

Begriff der Notlage; Aufnahme eines Darlehens, um zur Rettung einer Hypothekarforderung bei der zwangsweisen Veräusserung der Hypothek mitzubieten 72. — Nichtvorhandensein des Wuchers trotz des abnorm hohen Zinsfusses beim sog. prêt à la petite semaine 245. — Berücksichtigung strafloser Wucherfälle bei der Beurtheilung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmässigkeit des Wuchers 29.

B. Strafgesetz gegen die Vereitlung von Zwangsvollstreckungen.

Begriff der Executionsvereitlung 31. — Zwangsvollstreckungsvereitlung durch Rücknahme der eigenen dem Schuldner anvertrauten und bei diesem gepfändeten Sache; Begriff des Beiseiteschaffens 114. — Zwangsvollstreckungsvereitlung des Anspruchs auf Herausgabe einer Liegenschaft 285. — Inwiefern künftige Alimentationsraten bei Berechnung des Schadens in Anschlag gebracht werden können 119.

C. Waffenpatent.

Verjährung einer Uebertretung der Waffenvorschriften, wenn solche mit einer anderen, den Gerichten zur Entscheidung zugewiesenen strafbaren Handlung im Zusammenhange steht 375.

D. Thierseuchengesetz.

Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Vieh- und Fleischbeschau begründen auch im Grenzbezirke [§ 9 des Ges. v. 29. Febr. 1880 (RGB. 37)] und bei Ausbruch der Rinderpest nur eine nach §§ 12 und 45, Abs. 1 des Ges. v. 29. Febr. 1880 (RGB. 35) und bez. v. 24 Mai 1882 (RGB. 51) strafbare Uebertretung, es wäre denn, dass Voraussetzungen des zweiten Alinea (Z. 1—3) der zuletzt bezogenen Gesetzesstelle zutreffen, oder dass der Fall des § 20 lit. e des Ges. v. 29. Febr. 1880 (RGB. 37) gegeben ist 27.

Sechster Theil: Strafprocessordnung.

I. Process-Subjecte.

A. Gerichte (Zuständigkeit).

Zum Begriffe des Thatorts (§ 31) 116. — Entbehrlichkeit der Zustimmung des Staatsanwalts zum Ausspruche der Nichtzuständigkeit (§ 261 StPO.) selbst rücksichtlich jener Fälle, welche der Staatsanwalt vor dem Geschwornengerichte nur anhängig machen kann, wenn er auf Verhängung einer mehr als fünfjährigen Kerkerstrafe anträgt 405.

B. Processparteien.

a) Staatsanwalt. Entbehrlichkeit der Zustimmung des Staatsanwalts zum Ausspruche der Nichtzuständigkeit (§ 261) selbst rücksichtlich jener Fälle, welche der Staatsanwalt vor dem Geschwornengerichte nur anhängig machen kann, wenn er auf Verhängung einer mehr als fünfjährigen Kerkerstrafe anträgt 405. — Zu der im § 475 alin. 2 vorgesehenen Antragstellung ist der Staatsanwalt berechtigt, auch wenn er wegen Verbrechens oder Vergehens einzuschreiten ursprünglich abgelehnt und die That nur als der öffentlichen Anklage zufallende Uebertretung verfolgt hat 198.

b) Vertheidiger. Notwendigkeit der Mitwirkung eines Vertheidigers bei den Hauptverhandlungen, welche wegen örtlicher Einstellung der Jury vor sechs Richtern stattfinden (StPO. § 41 und Ges. 23. Mai 1873 [RGB. 120] § 3)

406. — Unerheblichkeit der verspäteten Vorladung des Vertheidigers bei rechtzeitig bewirkter Vorladung des Angeklagten (§ 221 StPO.) 30.

II. Verfahren.

A. Strafverfolgung.

Ausdehnung der Verhandlung auf eine im Vorverfahren bekannte That 203.

B. Beweisverfahren.

Zulässigkeit des Verzichts auf die bereits in Anspruch genommene Begünstigung des § 152 StPO. 202. — Notwendigkeit der Erhebung des behaupteten Eideshindernisses der Feindschaft 71. — Eideshindernis aus der Theilnahme an dem Anklagedelicte (StPO. § 170/7): Begriff der Theilnahme an dem Anklagedelicte 74. — Zurückweisung eines allgemeinen durch die besonderen Umstände des Falls (§ 166 alin. 2 StPO.) nicht gerechtfertigten Antrags auf Einholung von Leumundsattesten der Zeugen 203.

C. Fragestellung.

Voraussetzung für die Stellung einer Eventualfrage auf Todschlag bei einer Anklage auf Mord 378. — Einen Nichtigkeitsgrund bildet die Ablehnung der in Betreff der Fragenstellung geäusserten Wünsche der Geschwornen (§ 327 StPO.) nur dann, wenn dieselbe wider die Vorschriften der §§ 318 bis 323 StPO. verstösst 333.

D. Rechtsbelehrung.

Zum Begriffe der Rechtsbelehrung nach § 325 StPO. 28. — Mit Nichtigkeit bedroht ist nur die unrichtige, nicht auch die unvollständige Rechtsbelehrung 378.

E. Wahrspruch.

Unzulässigkeit der Feststellung blos feindseliger statt der Tödtungsabsicht durch einen Zusatz zur Beantwortung der auf Mord lautenden Hauptfrage 378.

F. Verfahren in Uebertretungsfällen.

Zu der im § 475 alin. 2 vorgesehenen Antragstellung ist der Staatsanwalt berechtigt, auch wenn er wegen Verbrechens oder Vergehens einzuschreiten ursprünglich abgelehnt und die That nur als der öffentlichen Anklage zufallende Uebertretung verfolgt hat 198.

III. Urtheil.

Ausdehnung der Urtheilsfällung auf eine im Vorverfahren bekannte That 203. — Zulässigkeit der Sonderung des von der Anklage als ein ganzes behandelten Sachverhalts in mehrere dem Strafgesetze selbständig zu unterstellende Thatbestände (§ 267 StPO.) 159. — Nichtigkeit des Urtheils, dessen Gründe der Schlüssigkeit entbehren 241.

IV. Rechtsmittel.

A. Beschwerderecht.

Legitimation des Machthabers des Beschuldigten (§ 455 alin. 3 StPO.) zur Anmeldung von Rechtsmitteln, auch wenn die Befugnis hiezu in der Vollmacht nicht insbesondere ertheilt ist 123.

B. Entscheidung der Rechtsmittelinstanz.

Voraussetzung für die amtswegige Berücksichtigung der Nichtigkeitsgründe Z. 9—11 des § 281: Rechtzeitig angebrachte Berufung 242.

C. Wiederaufnahme und Wiedereinsetzung.

Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Strafverfahrens wegen einen nach § 487 (488 StG.) ergangenen Schuldspruch: Nachweis hinreichender Gründe für das Fürwahrhalten der vorgebrachten Beschuldigung 240. — Unerheblichkeit des Mangels des förmlichen Beschlusses auf Wiederaufnahme des eingestellten Strafverfahrens beim Vorhandensein der materiellen Bedingungen der Wiederaufnahme 157. — Wiedereinsetzung gegen den Ablauf von Fristen ist im § 364 StPO. nur dem Beschuldigten und nicht auch den im § 282 StPO. bezeichneten Personen gewährt.

Gesetzes-Register.

Verzeichnis der Gesetzesstellen, welche die im „Oesterreichischen Centralblatt für die juristische Praxis“, Band VII, mitgetheilten Entscheidungen citieren, oder auf welche sie Bezug haben.

(Die Zahlen rechts bezeichnen die Nummern, unter welchen die Entscheidungen eingereiht sind, jene mit einem vorgesetzten „S.“ die Seiten, auf welchen sich die Entscheidungen befinden.)

I. Civilrecht.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

§§	Nr.	§§	Nr.	§§	Nr.	§§	Nr.	§§	Nr.
1	425	241	315	355	424	504	37. 410	694	228
4	35. 260	242	315	356	424	505	37. 410	705	137
6	86. 88. 128	244	194	362	6	506	37. 410	709	88
	182. 223	246	223. 408	364	131	507	37. 293	710	88
7	136. 225	247	194	367	384	509	38	713	348
21	35	248	194. 380	371	363	512	38	714	348
37	287	265	301	372	131	513	38	715	348
44	243	269	12	377	409	521	38. 410	716	348
129	243	270	12	417	292	523	37	717	348
130	243	282	315	418	3. 166. 291	531	304. 414	718	348
152	35. 194	287	424		292	535	413	719	348
163	88	288	250	419	292	536	139	720	348
164	88	293	166	420	382	538	139	721	348
166	24	294	40. 291	424	6	545	139	727	3
167	24	[illegible]7	166. 291	429	341	547	89. 261	757	388
174	223	[illegible]7	409	440	130	548	261	765	388
187	35. 85	[illegible]08	164	443	176. 216	549	422	774	349. 388
190	35	311	424	447	336. 383	553	88	775	306
207	301	312	409	449	3. 336	570	88	784	55
208	301. 315	313	250	451	336	572	88. 219	786	218
209	315	3[illegible]4	424	454	336	578	348	788	55
210	315	320	1. 55	456	336. 384	579	88. 305	797	88. 89
211	315	321	216	457	392	583	88	802	89
212	315	328	3	465	4	601	348	803	88
213	315	339	129. 166	468	3	602	88	806	12
214	315		247. 248. 289	469	3. 4. 383	627	407	808	349
219	243		290. 339. 360	471	404	633	407	812	145
225	226		366. 424. 426	473	37	634	407	813	7. 391
228	85	344	197. 247	475	37	646	288	814	7. 350
233	35	345	207	476	37. 209	651	219	815	7
234	301	347	6. 169. 339	477	37	655	88. 219	816	219
238	138. 301	348	6	484	37. 410	662	412	817	219
239	301	354	6	495	132	683	219	822	216. 217

§§	Nr.	§§	Nr.	§§	Nr.	§§	Nr.	§§	Nr.
	253. 254	916	42	1090	213. 382	1249	88		274
850	76. 77. 169	919	121. 415	1094	213	1253	54	1397	269
851	2. 76. 77	925	136	1095	386	1254	54	1411	412
	169	929	412	1097	136	1259	88	1412	3. 383
852	76	933	136	1101	114. 384	1260	346		392
855	131	935	412	1109	382	1266	403	1416	36
861	38. 412	937	412	1111	136	1269	88	1425	144. 386
862	259. 412	943	412	1116	386	1293	170	1426	428
863	16. 42. 129	956	303. 391	1117	296	1294	131	1431	186. 299
	137. 257, 296	957	404	1118	137	1295	170. 341		346
	343. 412	960	404	1120	80. 386	1296	46	1432	194
864	412	961	46	1121	386	1297	112. 125	1434	251
865	194	964	46	1151	373		341	1444	412
866	194	965	46	1152	387	1298	46. 353	1450	85
873	88	967	136	1155	297	1305	131	1455	250
875	299	968	315. 404	1160	415	1311	46	1456	250
876	42	982	136	1163	387	1321	196	1457	250
878	383	983	412	1172	298	1323	170	1458	250
883	303	984	412	1175	310	1324	300	1459	250
884	43	994	42	1184	310	1325	214. 300	1460	250
887	42. 207.	1006	123	1185	310	1333	36	1461	250
	415	1008	123	1198	310	1334	36. 225	1463	250
893	44	1012	315. 326	1199	310	1336	213	1465	250
894	385		341. 404	1217	345. 346	1341	336	1472	250
896	385	1017	215. 412	1218	345	1343	336	1477	1
901	299	1019	412	1220	345	1380	43	1479	86
902	136	1022	323	1221	345	1381	412	1480	36. 86
903	136	1041	167	1222	345	1385	299	1489	136
904	133. 134	1042	298	1225	345	1386	299	1493	1. 250
	368. 412	1047	143	1227	72	1392	252. 317	1494	85
908	49. 418	1052	133. 143	1229	72. 345		412. 413	1497	274
912	213		310		346	1393	252	1500	1
913	213	1057	136	1238	384	1394	252. 274	1502	128
914	38. 86. 88	1061	143	1245	346	1395	252		
915	36. 38. 213	1062	133	1248	88	1396,	87. 252		

II. Handels- und Wechselrecht.

a) Wechselordnung.

Art.	Nr.	Art.	Nr.	Art.	Nr.	Art.	Nr.	Art.	Nr.
1	17. 194	16	S. 593	39	179. 312	54	420. S. 593	87	S. 126
	223	17	258		421	55	S. 593	88	S. 61. S. 62
4/4	355. 390	21	89	40	312. 421	81	89. 331		S. 724
4/5	S. 274	23	89	43	312. S. 62		421. S. 274		
4/8	10	24	S. 61	44	312	82	224. 258		
7	355. 390	32	136	50	420. 421		S. 63		
8	S. 274	36	258	51	420. 421	83	10		

b) Allgemeines Handelsgesetzbuch.

1. Einführungsgesetz.		2. Handelsgesetzbuch.		Art.	Nr.	Art.	Nr.	Art.	Nr.
§§	Nr.	Art.	Nr.	23	S. 524	45	81	91	313
23	309	1	16	25	141. 320	49	309	96	S. 526
38	9. 142. 181	4	221. 351	26	141	55	82	97	S. 526
	222. 231.		417	33	S. 593	62	220	114	S. 594
	321. 416	15	S. 594	37	90. 91. 307	64	220	115	S. 594
39	222. 364	19	48. 141		308. 389	77	419	116	S. 594
41	16	21	141	41	416. S. 594	88	140	123	S. 125

III. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

IV. Civilprocessordnung.

* Die eingeklammerten Ziffern links bezeichnen die §§ der westgaliz. Gerichtsordnung.

V. Strafrecht.

VI. Strafprocess-Ordnung.

VII. Einzelne Gesetze vermischten Inhalts.

Verordnungen des k. k. Justizministeriums.

Verzeichnis der in dem VII. Bande enthaltenen
Miscellen.

Verzeichnis der in dem VII. Bande enthaltenen
„Fragen und Antworten".

